



LA VOZ JURÍDICA

DICIEMBRE 2021



Desafíos y retos del Derecho a la llegada del Bicentenario

La Voz Jurídica

Revista de la Carrera Profesional de Derecho



SEGUNDO NÚMERO
REVISTA LA VOZ JURÍDICA UARM

DESAFÍOS Y RETOS DEL DERECHO A
LA LLEGADA DEL BICENTENARIO



**CARRERA PROFESIONAL
DE DERECHO**

Universidad Antonio
Ruiz de Montoya

Lima, Pueblo Libre
2021

Revista La Voz Jurídica

Revista de la Carrera de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya

Tema: Desafíos y retos del Derecho a la Llegada del Bicentenario

Lima, enero-diciembre de 2021

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2022-02274

© Universidad Antonio Ruiz de Montoya
Av. Paso de los Andes 970 – Pueblo Libre, Lima
Email: asistente.rectorado@uarm.pe
URL: www.uarm.edu.pe
Telf. (511) 719-5990

© Konrad Adenauer Stiftung e.V.
Av. Larco 109, 2° Piso, Lima 18 – Perú
Email: kasperu@kas.pe
URL: www.kas.de/peru/es
Telf. (511) 416-6100

Jefa de la Carrera Profesional de Derecho 2021:

Gloria María Arméstar Bruno

Coordinadores de este número:

Gloria María Arméstar Bruno
Pavel Labán Martínez

Cuidado de edición:

Sandra Arbulú

Diseño de portada:

Shirley C.

Diagramación

Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Breña

Primera edición en versión digital: marzo de 2022

Derechos reservados. Se autoriza la reproducción total o parcial de este documento, siempre que se haga referencia a la fuente bibliográfica.

ÍNDICE

Introducción	9
1. Apuntes sobre la situación de los pueblos indígenas al bicentenario de la independencia peruana Amelia Alva Arévalo	11
2. El bicentenario y el derecho Benjamín Aguilar Llanos	25
3. Una tradición de Ricardo Palma o cómo satanáas pierde pleitos por desconocer las reglas de interpretación de los contratos Carlos Calderón Puertas	45
4. ¿Limitar derechos para mejorar la protección de otros? Felipe Paredes San Román.....	69
5. Las tasas de interés y la inclusión financiera Gloria María Arméstar Bruno	85
6. Problemas convencionales/constitucionales derivados de la condena al absuelto en el Perú (Non Reformatio In Peius Cualitativa) Jorge Luis Salas Arenas	95
7. Avances y retos del derecho de acceso a la información en el marco del Derecho Constitucional peruano José Angel Dávila Córdova	113
8. Reflexiones sobre la etapa Precientífica Jurídica Tributaria con motivo del bicentenario de la Independencia del Perú Juan Carlos Meléndez Calvo	131

9. Los efectos de la pandemia de la COVID-19 en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia a través de la conciliación extrajudicial Marilyn Aróstegui León	137
10. Publicidad de la deliberación de los órganos colegiados en el sistema jurisdiccional peruano ¿posibilidad o Realidad? Paúl Vizcarra Vizcarra	155
11. Retos al derecho en el bicentenario Pedro Miguel Angulo Arana	181

INTRODUCCIÓN

En el año 2021, celebramos en el país el bicentenario de la independencia. La Universidad Antonio Ruiz de Montoya, junto con las demás obras de la Compañía de Jesús a nivel mundial, celebra también los 500 años de la conversión de San Ignacio de Loyola, fundador de la Compañía. Ambas conmemoraciones parten de acontecimientos que marcaron un antes y un después para el devenir de la historia de muchas comunidades y personas.

Asimismo, la conmemoración de estos aniversarios está marcada por la crisis sanitaria que se vive a nivel mundial causada por la COVID-19. Este hecho ha producido en diversos países una crisis económica y social. De otra parte, nuestro país se encuentra atravesando una situación difícil, debido a la inestabilidad política que afecta a gran parte de la sociedad y estamos viviendo un incremento en el porcentaje de personas que viven en la pobreza en el país. Así, según datos del INEI, en el año 2020, la pobreza monetaria alcanzó a un 30 % de la población, lo que supone un 10 % más de la población en comparación con el año 2019.

Por lo tanto, los diversos acontecimientos mencionados son una invitación a revisar la historia vivida para comprenderla y que ello sea impulso para un compromiso por aquello que soñamos y anhelamos. Por ello, hoy más que nunca se hace necesario preguntarnos por lo que hemos avanzado hasta ahora como nación en diversos aspectos y hacia dónde queremos caminar; analizar de manera profunda qué tipo de sociedad hemos construido en estos 200 años de independencia y qué queremos construir en esta nueva etapa.

Como Universidad jesuita que cuenta con un modelo de formación humanista, nuestro objetivo, a través de los diversos programas formativos, es contribuir a formar profesionales éticos que se cuestionen su realidad a partir del entorno en el que viven y puedan discernir, en diálogo con los diversos agentes sociales, para plantear necesidades de cambio y caminos para la construcción de una sociedad más justa e inclusiva. Para ello, uno de los aspectos relevantes es la capacidad de investigar, de preguntar a la realidad, al contexto, para ir encontrando respuestas a partir de un riguroso análisis académico.

Para contribuir a este objetivo, la carrera profesional de Derecho presenta el segundo número de la revista de *La Voz Jurídica* con el título “Desafíos y retos del Derecho a la llegada del bicentenario”. El derecho no es estático, al igual que la realidad social, es dinámico, evoluciona, se transforma junto a la sociedad y las necesidades o las demandas que van surgiendo. Es a partir de este punto que el presente volumen de la revista busca plantear, a través de los diferentes artículos elaborados por juristas de prestigio, muchos de ellos y ellas docentes de la UARM, un análisis académico riguroso y actual sobre la situación de varias áreas vinculadas al Derecho.

Además, la persona autora de cada artículo analiza cuáles son los avances, las dificultades y los retos que enfrentamos desde la perspectiva jurídica en los temas planteados. Finalmente, se busca proponer los pasos que se deben seguir para que nuestra normativa y su aplicación promuevan en mayor medida la justicia y el bien común.

A nombre de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, deseo extender un agradecimiento sincero a todas las personas que han hecho posible la elaboración de esta revista, en especial a todas y todos los autores que han contribuido con sus reflexiones sobre la base de sus experiencias y conocimientos. Igualmente, agradecer profundamente a la Fundación Konrad Adenauer por el apoyo que nos brinda de manera constante en nuestro trabajo.

Isabel Berganza Setién
**Vicerrectora Académica de la
Universidad Antonio Ruiz de Montoya**

APUNTES SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA PERUANA

Amelia Alva Arévalo¹

1. Contextualización

La importancia histórica de la independencia peruana en 1821 significó la ruptura política con la corona española, mas no cambió sustancialmente las estructuras económicas y sociales forjadas durante centurias de dominación extranjera (Bonilla y Spalding, 1972, pp. 55-57). El diseño legal republicano sobre la propiedad de la tierra, conocido como gamonalismo, se estableció como un sistema de dominio de grandes extensiones de tierra por una persona. La población indígena continuó siendo sujeta de un sistema opresivo, sometida a trabajos forzados, sin garantías ni derechos (Mariátegui, 2007, pp. 26-27).

Este sistema perverso de propiedad terminó en 1968 a consecuencia de la Reforma Agraria. Junto al gamonalismo, también se eliminó el orden estatal oligárquico que caracterizaba al país desde finales del siglo XIX (Burt, 2011, p. 61). Sin embargo, la Reforma Agraria también inició otro proceso que afectó a la propiedad indígena, mediante la fragmentación de la propiedad. Este proceso, complementado con la creación del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT) en la década de 1990, ha priorizado la titulación de los pequeños agricultores, dejando de lado las comunidades rurales y nativas (Due Process of Law Foundation y Oxfam América, 2011, p. 77).

Para entender el Perú actual, se debe considerar, además, el período del conflicto armado interno y la violencia política (1980-2000). De acuerdo con la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, la guerra interna dejó aproximadamente 69 820 víctimas, siendo el grupo más afectado los campesinos quechuahablantes (75 % del total de víctimas) (CVR, p. 27). Los testimonios ante la CVR indicaron que los términos 'indio', 'cholo' o 'serrano' fueron usados por todos los actores como expresiones discriminatorias. Por otro lado, el PCP-SL adoptó una ideología totalitaria para destruir y reprimir

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Gante (Bélgica), docente de la Carrera Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Antonio Ruíz de Montoya e investigadora afiliada al Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante.

las organizaciones y las manifestaciones culturales de la población indígena (CVR, pp. 102, 159-160).

En los noventa, el gobierno de Fujimori promovió agresivamente las políticas neoliberales, atrayendo las inversiones transnacionales e instaurando un sistema político y administrativo proextractivista². A través de una nueva Constitución (1993), el país fue guiado hacia una economía social de mercado que, a su vez, flexibilizó la protección a la titularidad de tierras indígenas. En este contexto, el Estado peruano ratificó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, instrumento internacional de gran importancia para las demandas indígenas.

Los gobiernos democráticos que sucedieron a Fujimori, sin importar la tendencia ideológica, continuaron aplicando y promoviendo la lógica extractivista. Un hecho tristemente memorable fue la publicación de la columna de opinión del entonces presidente de la República, Alan García, titulada “El síndrome del perro del hortelano”, en la que acusó a los pueblos indígenas de oponerse a la inversión privada en sus territorios, porque los hacían improductivos:

Así pues, hay muchos recursos sin uso que no son transables, que no reciben inversión y que no generan trabajo. Y todo ello por el tabú de ideologías superadas, por ociosidad, por indolencia o por la ley del perro del hortelano que reza: “Si no lo hago yo que no lo haga nadie” (García, 2007).

Estas afirmaciones repercutieron en la relación entre el Estado y los indígenas, y abonaron al desencadenamiento del conflicto de Bagua (Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua, 2009, p. 27). Por su parte, Ollanta Humala optó por un modelo extractivo pragmático en un esfuerzo por sostener las distintas políticas públicas de inclusión social. El primer punto de inflexión de su gobierno estuvo marcado por la violencia contra las comunidades y las rondas campesinas de Cajamarca que se opusieron al proyecto minero Conga en agosto de 2011³. En este contexto, la

2 Entre estas normas, cabe mencionar las siguientes: Decreto Legislativo No. 662, Ley que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, 2 de setiembre de 1991; Decreto Legislativo No. 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, 13 de noviembre de 1991; Decreto Legislativo No. 109, Ley General de Minería, 3 de junio de 1992; Ley No. 26821, Ley para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, 26 de junio de 1997; Ley No. 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, publicada el 18 de julio de 1995.

3 La represión militar y policial a las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto minero Conga fue reportada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que otorgó medidas cautelares en favor de sus líderes. Ver: CIDH, *Leaders of Campesino Communities and Campesino Patrols in Cajamarca v. Peru*, medida cautelar No. 452/11, 5 de mayo 2014.

promulgación de la ley de consulta previa en septiembre de 2011 significó un intento por parte de su gobierno de distanciarse del anterior, ya que mostraba más apertura al diálogo y respeto a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, durante el proceso de redacción del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, las organizaciones indígenas demandaron la modificación de esta ley, reclamo que nunca fue atendido (La Rosa). En este sentido, y mientras crecía el profundo descontento de las organizaciones indígenas frente al gobierno, se comenzaron a realizar los primeros procesos de consulta previa y la formulación y la implementación de las primeras políticas públicas. En las siguientes líneas, se presentan las vicisitudes de la institucionalidad indígena y la implementación de políticas públicas interculturales.

2. Institucionalidad indígena en el siglo XXI

La decisión del Estado de crear un organismo especializado y autónomo, que canalice las demandas de los pueblos indígenas a través del trabajo coordinado con otras entidades estatales, encierra la idea de institucionalizar la problemática indígena. La historia más temprana de la institucionalización de la cuestión indígena se remonta a 1921, cuando se creó la Sección de Asuntos Indígenas como parte del Ministerio de Obras Públicas. A lo largo del siglo XX, varios gobiernos crearon agencias para resolver las necesidades indígenas. La mayoría de ellos con perfiles paternalistas, dependientes administrativa y económicamente de algún ministerio⁴.

El inicio de este siglo fue promisorio para los pueblos indígenas del Perú. La Comisión Multisectorial Especial para Comunidades Nativas, creada en el 2001, aprobó un Plan de Acción para Asuntos Prioritarios de las Comunidades Nativas⁵ en el que se definieron ocho acciones con sus propios objetivos que, en resumen, buscaban garantizar el derecho a la propiedad sobre sus territorios, a sus conocimientos colectivos, a la salud y la educación intercultural, a la paz y la seguridad, a la participación en el manejo de las

4 En 1922, fue creado el Patronato de la Raza Indígena, dependiente del Ministerio de Fomento. En 1949, se creó el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, cuyo nombre fue reemplazado por Ministerio de Trabajo en 1968. Un año después, se creó la Dirección General de Integración Indígena y, en 1981, se creó el Instituto Indigenista Peruano como oficina dependiente del Ministerio de Trabajo y Promoción Social; y en 1998, como órgano encargado de promover, coordinar, dirigir, supervisar y evaluar las políticas, los planes, los programas y los proyectos con enfoque de género para el desarrollo de comunidades campesinas y nativas, fue creada la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano. (Abanto, 2011, pp. 3-4).

5 Comisión creada por el Decreto Supremo N° 15-2001-PCM del 13 de abril de 2001. El Plan fue publicado en *El Peruano*, el 24 de julio del 2001.

áreas naturales protegidas, así como en los beneficios por el uso de recursos naturales en sus territorios; y se incluyó una acción dirigida a la protección de los pueblos indígenas en aislamiento.

También, resulta relevante mencionar que esta comisión se constituyó en el primer espacio oficial en el que representantes indígenas exhortaron al Estado a cumplir con su deber de consultar. En este sentido, la Acción F. buscaba "garantizar la consulta informada y previa a los pueblos indígenas y su participación en los beneficios de las actividades petroleras en su entorno". Para cumplir con este objetivo, el Estado debía efectuar, a través del Ministerio de Energía y Minas, las siguientes medidas: (1) aprobar las normas de procedimiento de consulta y participación en operaciones de hidrocarburos en comunidades nativas de la Amazonía; (2) asegurar la realización de consultas a las comunidades nativas y sus organizaciones; (3) asegurar la participación de las comunidades indígenas en los beneficios de las actividades de hidrocarburos que se realizan en sus territorios; (4) reemplazar el régimen de servidumbre por contratos de uso de suelo; (5) cerrar los pozos petroleros del bloque 8/8 X dentro de la Reserva Nacional Pacaya Samiria; y (6) remediar y compensar la contaminación causada por la extracción de petróleo en los bloques 1AB y 8 / 8X (Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas, pp. 62-63). Recién en el 2011, como consecuencia de la movilización indígena del 2009, se logró promulgar la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa y, a partir de ella, se organizaron consultas sobre proyectos extractivos, pero no se han podido controlar los impactos negativos que las actividades extractivas legales e ilegales causan sobre los territorios indígenas, ni asegurar su remediación ni compensación.

El carácter transitorio del gobierno de Valentín Paniagua implicaba que el cumplimiento de los objetivos del Plan dependiese del interés y del compromiso de gobiernos posteriores, ya que estos significaban cambios estructurales en beneficio de los pueblos indígenas. Así, en el gobierno de Alejandro Toledo, fue creada la Comisión Nacional para la Salud Indígena Amazónica, que aprobó la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas⁶ y, en materia educativa, se promulgó la Ley N° 27818, Ley de Educación Bilingüe Intercultural, que encargaba al Ministerio de Educación la elaboración de un Plan Nacional de Educación Bilingüe Intercultural, el mismo que fue aprobado recién en el 2016⁷. Asimismo, una medida trascendental de esos años con repercusión actual es la adopción del Acuerdo Nacional, que incluyó entre sus políticas públicas la promoción y la protección de los derechos de los

6 Resoluciones Ministeriales No. 192-2004/MINSA y No. 771-2004/MINSA.

7 Resolución Ministerial 629-2016-MINEDU, aprobada el 14 de diciembre de 2016.

miembros de comunidades étnicas discriminados (Política Undécima); y el reconocimiento de la consulta previa como un instrumento para la planificación y la gestión del uso del suelo (Política Trigésima Cuarta).

Otro logro significativo para las organizaciones indígenas fue la creación del Consejo Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos —Conapa— como agencia dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros con el propósito de promover, coordinar, implementar, monitorear y evaluar políticas, programas y proyectos relacionados a la población indígena⁸. Estuvo conformado por representantes del Ejecutivo y también de las organizaciones indígenas, mas no obtuvo los resultados esperados, básicamente debido al ineficiente manejo financiero y al liderazgo⁹, por lo que fue reemplazado por el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – Indepa. Esta nueva agencia fue creada como un órgano público descentralizado con rango ministerial y autonomía funcional, técnica, económica y administrativa, tal como lo exigían las organizaciones indígenas¹⁰. No obstante, después de unos años, el Indepa perdió su autonomía y devino en una entidad dependiente de otros ministerios, primero del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social¹¹ y, desde el 2010, del Ministerio de Cultura, específicamente del Viceministerio de Interculturalidad¹². En la actualidad, es el Viceministerio de Interculturalidad el que se encarga de formular y de impulsar la implementación de las políticas públicas sobre pueblos indígenas. Es por esta razón que las organizaciones indígenas continúan expresando la necesidad de crear un órgano especializado sobre materias que les afectan, con autonomía administrativa y presupuestaria, con capacidad política que lidere procesos de diálogo con el Estado para la defensa de sus intereses y en el que ellos estén debidamente representados¹³.

8 Decreto Supremo No. 111-2001-PCM, publicado el 5 de octubre de 2001.

9 Para detalles de lo sucedido con la Conapa y el Indepa, se recomienda revisar Pajuelo Teves, 2006, pp. 76-77.

10 El Indepa fue creado por Ley No. 28495, publicada el 6 de abril de 2005.

11 Los intentos del gobierno de ceder la autonomía al Indepa se remontan al 2007, con la aprobación del Decreto Supremo No. 001-2007-MIMDES, publicado el 23 de febrero de 2007. Esta norma vincula el Indepa al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mimdes). Fue derogada por la Ley No. 29146, que restableció el alcance de la Ley N° 28495. Posteriormente, se aprobó el Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES, publicado el 1 de marzo de 2008, que devuelve el Indepa al Mimdes.

12 Decreto Supremo No. 001-2010-MC, publicado el 25 de setiembre de 2010.

13 Mientras se escribe este artículo, se ha nombrado a la lideresa shipibo konibo, Rocilda Nunta, como viceministra de Interculturalidad.

3. Afectación de derechos de los pueblos permanente

Paralelamente a estos avances legales e institucionales sobre materia indígena, en el Perú, se incrementaron la inversión privada y la exportación de recursos naturales (Ballón, 2006, pp. 21-22). En la primera década del 2000, se concesionó compulsivamente el territorio amazónico con el objetivo de explorar y explotar hidrocarburos. Finer y Orta Martínez sostienen que entre el 2003 y el 2009 se desarrolló en el Perú el segundo “boom petrolero”¹⁴; concluyeron que la adjudicación de concesiones de hidrocarburos condujo a un aumento de esta actividad en la Amazonía peruana del 7,1 % al 41,2 % de su superficie total; y que un total del 69,1 % de la Amazonía peruana ha estado bajo concesiones de petróleo o gas en algún momento entre 1970 y el 2009 (2010, pp. 3-4). En el 2013, a través del Acuerdo de Directorio No. 074-2013, Perupetro S. A. proyectó la exploración y la explotación de 26 nuevas concesiones petroleras, las cuales fueron otorgadas y establecidas en territorios indígenas.

Estas tierras concesionadas son extensas y se superponen a áreas protegidas legalmente antes del boom petrolero. Finer y Orta Martínez encontraron que, de 52 concesiones activas en el 2010, 46 estaban superpuestas a tierras indígenas tituladas y 17 a reservas indígenas creadas para pueblos en contacto inicial y esporádico con el resto de la población nacional¹⁵. Uno de los casos emblemáticos de superposición es el del lote 88 del proyecto Camisea que afecta a más del 70 % de la reserva territorial de los pueblos Kupakori, Nahua, y Nanti; el resto afecta a las tierras tituladas de los pueblos Segakiato, Cashiari y Tincumpia¹⁶.

La expansión de las industrias extractivas en territorios de los pueblos indígenas profundiza los desequilibrios de poder y crea “campos minados” o espacios en los que el Estado no puede garantizar la protección de derechos, lo que genera conflictos sociales (Rodríguez Garavito, 2011, p. 267). De hecho, a pesar del éxito macroeconómico reportado en la década pasada, uno de los problemas más sensibles y continuos que enfrenta el Estado peruano es la conflictividad social¹⁷. La Defensoría del Pueblo fue

14 El primer boom petrolero se habría dado en la década del 70, con la explotación de los lotes 1-A (22 de junio de 1971) y el lote 1-B (3 de abril de 1978) a cargo de la Occidental Petroleum Corporation, lotes que incluyeron territorios de las comunidades indígenas asentadas en las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón, en la región Loreto.

15 Decreto Ley No. 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, Segunda disposición Transitoria.

16 J. Anaya. 2014. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, *Observaciones sobre la ampliación de explotación y extracción de gas natural en el Lote 88 del proyecto Camisea*, ¶ 2. Otros casos de afectación pueden ser consultados en: Defensoría del Pueblo, 2006, p. 14, pp. 38-39.

17 Arellano-Yanguas ha distinguido dos tipos de conflictos en torno a las actividades

la primera institución que empezó a reportar y desarrollar una tipología de estos conflictos. En el 2004, los principales conflictos sociales se dieron a nivel local, y se los empezó a identificar entre las compañías extractivas y la población afectada (8 %) (Defensoría del Pueblo, 2005, pp. 13-20). Durante los últimos años, el número de conflictos socioambientales ha crecido enormemente: a setiembre del 2021, hay 198 conflictos, de los cuales 129 son socioambientales. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, los actores de estos conflictos suelen ser las comunidades campesinas y nativas o las poblaciones locales que enfrentan el Estado y las empresas extractivas. Las causas de los conflictos son diferentes, según aparezcan antes o en cualquier otra etapa del proyecto extractivo. Las comunidades rechazan las actividades extractivas, ya que a) sus actividades productivas tradicionales, territorios, cabeceras de cuencas y zonas arqueológicas podrían verse irreversiblemente afectados por una posible contaminación ambiental; b) no han sido consultados; o c) la empresa ha promovido la división interna de comunidades. En lugares donde ya se había iniciado la actividad extractiva, las comunidades denuncian la contaminación de agua y suelo, la falta de acceso al agua (porque las empresas han agotado este recurso) y fallas en la organización de un adecuado estudio de impacto ambiental. En suma, según los informes defensoriales, las comunidades instan al Estado a revisar en profundidad los estudios de impacto ambiental, gestionar eficientemente los residuos sólidos, distribuir las ganancias de las industrias extractivas entre las comunidades afectadas, participar efectivamente en la toma de decisiones, renegociar los contratos de servidumbre y formalizar la minería ilegal y artesanal.

A pesar de este escenario, los gobiernos no han podido repensar el modelo económico; por el contrario, han apoyado y reforzado la extracción y la exportación de recursos naturales, independientemente de la opinión o la voluntad de los pueblos afectados, o su vulnerabilidad, por lo que frecuentemente se denuncian daños ambientales irreparables o se presentan posiciones extremadamente intolerantes contra las empresas privadas (Defensoría del Pueblo, 2007, pp. 5-6). Entre los ejemplos más claros de esta tensión, cabe mencionar el conflicto del cerro Quilish en Cajamarca o el de Bagua, que terminó con la vida de 33 personas, 200 heridos, un desaparecido y daños a la propiedad pública y privada (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 3).

El escalonamiento de los conflictos se debe principalmente a la escasa voluntad política de los representantes de los poderes del Estado para

extractivas. El primero involucra a la población local frente a las empresas transnacionales en relación con la disputa por la tierra y los recursos naturales o la contaminación ambiental. El segundo involucra a las poblaciones locales que confrontan a las administraciones locales para determinar el uso de los ingresos obtenidos del gobierno central por las actividades extractivas. (2011, pp. 617-638).

atender las demandas de las organizaciones indígenas relacionadas a la protección de sus territorios y los recursos necesarios para su subsistencia. Además, en aquellos años, aún no se había desarrollado una estrategia estatal para anticipar y enfrentar los conflictos sociales¹⁸. No obstante, la desgracia sucedida en Bagua significó una ventana de oportunidad para empezar a introducir cambios a favor de los pueblos indígenas en la estructura del Estado. De hecho, poco tiempo después del 5 de junio del 2009, el gobierno creó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, en el que participaron los representantes gubernamentales nacionales y regionales, y de las organizaciones indígenas¹⁹, que se encargaron de formular un plan para el desarrollo sostenible para los pueblos indígenas y de elaborar una propuesta normativa para implementar el derecho a la consulta previa. Desde el 2012 al 2021, se han realizado consultas a pueblos indígenas sobre medidas de impacto nacional, regional y local. La mayoría de estos procesos terminó con la aceptación de la medida, y se desvaneció, de este modo, el temor inicial de los sectores dedicados a las industrias extractivas que percibían la consulta como una obstrucción a las inversiones. Por el contrario, con el paso de los años, el ejercicio de la consulta previa, de acuerdo al diseño legal peruano, ha permitido que las empresas obtengan la licencia social necesaria para sus operaciones, pero, por otro lado, es necesario que se evalúen críticamente estos procesos de consulta y determinar si repiten las relaciones asimétricas que históricamente han existido entre los pueblos indígenas, el Estado y las empresas; y si cumplen con los estándares mínimos desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, cabe mencionar que, siguiendo una tendencia global, las organizaciones indígenas peruanas utilizan el litigio para promover y defender sus derechos. En la última década, el Tribunal Constitucional ha elaborado estándares que promueven la defensa de derechos colectivos e individuales de los pueblos. Resultan muy interesantes, por ejemplo, el proceso competencial iniciado por Aidesep ante el Tribunal Constitucional, que logró que este ordene al Ministerio de Energía y Minas que desarrolle un reglamento de consulta previa en concordancia con el Convenio No. 169 de la OIT²⁰; o el amparo interpuesto por la señora María Antonia

18 Recién en el 2012, fue creada la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (Decreto Supremo No. 106-2012-PCM), como órgano técnico de la Presidencia del Consejo de Ministros encargada de liderar procesos de diálogo con diferentes actores sociales, instituciones privadas y servidores públicos con el fin de gestionar disputas y conflictos sociales.

19 Resolución Suprema No. 117-2009-PCM, 11 de junio del 2009, y modificada por Resolución Suprema No. 211-2009-PCM, publicada el 25 de agosto del 2009.

20 Tribunal Constitucional, Sentencia No. 05427-2009-PC/TC, *Asociación Interétnica de*

Díaz Cáceres de Tinoco, que logró que el Tribunal exhortara “a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos a que realicen sus máximos esfuerzos para que antes del Bicentenario de la independencia, oficialicen el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo”²¹. Aunque el Tribunal Constitucional debe aclarar algunos temas aún controvertidos, como el camino que se debe seguir sobre los proyectos extractivos aprobados sin consulta, a pesar de estar vigente el Convenio No. 169 y que siguen impactando los derechos de los pueblos. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha sostenido que las compañías no deben verse perjudicadas, ya que durante años han realizado una serie de actos de buena fe y están protegidas por el artículo 62 de la Constitución²², las comunidades indígenas aún presentan demandas de amparo para suspender estas actividades en sus territorios, producto de contratos de concesión inconsultos²³.

4. Establecimiento de políticas públicas con enfoque intercultural

En cuanto a la elaboración de políticas públicas con enfoque intercultural, es necesario mencionar que en el 2011 se aprobó el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional —Plan Bicentenario—, documento que proyectaba lo que debería ser el Perú al 2021, pues estableció objetivos con metas ambiciosas alineadas al cumplimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los Objetivos del Milenio, entre ellos, la erradicación de la pobreza y la extrema pobreza, y el acceso a la propiedad de la tierra en favor de las comunidades indígenas. De hecho, la atención a la problemática indígena es transversal al Plan, que reconoce la necesidad de elaborar políticas públicas interculturales. Posteriormente, el Ministerio de Cultura formuló los Lineamientos de Política Cultural 2013-2016, que sirvieron para orientar sus primeras actividades como paso previo a la elaboración de la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural 2015 y del Plan Nacional de Cultura al 2030.

Desarrollo de la Selva (AIDSESP) v. la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 30 de junio de 2010.

21 Tribunal Constitucional, Sentencia No. 00889-2017-AA/TC, María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco vs. Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 17 de abril del 2018.

22 Tribunal Constitucional, Sentencia No.06316-2008-PA/TC, ¶ 27 y 28.

23 Ver: Expediente 14037-2013-0-1810-JR-CI-10, proceso de amparo iniciado por el líder awajún, Zebelio Kayap Jempekit contra el MINEM e INGEMMET por concesiones mineras inconsultas.

El primer documento indica que el Estado aplica el enfoque intercultural al “valorizar e incorporar las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnicos culturales para la generación de servicios con pertinencia cultural, la promoción de una ciudadanía intercultural basada en el diálogo y la atención diferenciada a los pueblos indígenas y la población afroperuana” (Ministerio de Cultura, 2015, p. 6).

No obstante, hasta el 2017, el Estado peruano carecía de información estadística clara del público objetivo sobre el cual se debía formular y desarrollar apropiadamente políticas públicas con enfoque intercultural, principalmente porque solo hasta ese año se incorporaron al cuestionario del Censo Nacional dos preguntas que ayudaron a determinar con mayor exactitud la población indígena: una, referida a la lengua o la lengua materna aprendida en la infancia, y otra, a través de la autoidentificación o la autopercepción de la etnia. Los resultados de este Censo Nacional muestran que de las 23 196 391 personas de 12 y más años, 13 965 254 (60,2 %) se percibían a sí mismas como mestizas; 5 176 809 (22,3 %) como quechuas; 1366 931 (5,9 %) como blancas; 828 841 (3,6 %) como afrodescendientes; y 548 292 (2,4 %) como aimaras. Además, 79 266 personas se consideraban nativas o del Amazonas, 55 489 personas asháninkas; 37 690 como awajún; 25 222 como shipibo konibo; y 49 838 como parte de otro pueblo indígena [de la costa y sierra]. Un total de 2 107 239 de los mayores de 12 años se identificó como parte de un pueblo indígena. Estos datos trascendentales permitieron visibilizar con mayor certeza la presencia indígena en el Perú, así como la focalización de las políticas públicas interculturales. De esta manera, se sabe que la etnia predominante en el territorio peruano es la quechua, cuya población está localizada sobre todo en los departamentos del sur andino: Apurímac, Ayacucho, Huancavelica y Cusco; además, los departamentos amazónicos con mayor población indígena son Amazonas (12,4 %), Ucayali (10,3 %), Loreto (8,3 %) y Pasco (6,2 %). Adicionalmente, el Ministerio de Cultura logró construir la base de datos de pueblos indígenas u originarios que incluye la identificación de 55 pueblos indígenas a nivel nacional, 51 en la Amazonía y 4 en los Andes, que aún hablan 48 lenguas indígenas u originarias.

El Plan Nacional de Cultura al 2030 parte de la idea de que las limitaciones para ejercer plenamente los derechos culturales son un problema público, por lo que es necesario reconocer y consolidar a las y a los ciudadanos como sujetos de derecho cultural, desde su heterogeneidad multiétnica y multicultural (Ministerio de Cultura, p. 8). Entre sus objetivos prioritarios, cabe destacar el fortalecimiento de la valoración de la diversidad cultural, cuyo lineamiento sobre el desarrollo de estrategias para la incorporación de la pertinencia cultural en los servicios públicos repercute directamente

en la calidad de atención adecuada a la población indígena. En tal sentido, contribuye a este linamiento la introducción de la variable étnica en el sistema integrado de justicia del Poder Judicial, que tiene el objetivo de identificar a los integrantes de comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y/o pueblos indígenas, con el fin de obtener información estadística, aplicar la normativa internacional y nacional de protección de los derechos humanos en procesos judiciales, y activar los espacios de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia especial²⁴; otra iniciativa es la incorporación de la variable étnica en el registro sobre situaciones de riesgo de personas defensoras de derechos humanos, en el que se inscribe información sobre agresiones, amenazas o situaciones de riesgo, lo cual servirá para que las entidades brinden adecuadamente las medidas (urgentes) de protección²⁵.

5. Reflexión final

En el año de la conmemoración del bicentenario de la independencia peruana y sumidos en la pandemia de la COVID-19, es necesario reflexionar críticamente sobre la situación de los pueblos indígenas como un grupo históricamente marginado que probablemente sea el que ha sufrido los mayores impactos de la inoperatividad del Estado para atender las urgentes necesidades generadas durante la emergencia sanitaria. Aunque se ha avanzado el primer peldaño con la formulación de los Planes y las Políticas Nacionales que, desde un enfoque intercultural, plantean objetivos y lineamientos que buscan fomentar servicios públicos pertinentes a la población indígena, es aún necesario insistir en la importancia de promover su participación efectiva en el proceso de una toma de decisiones sobre sus destinos, que implique el ejercicio pleno de su derecho a la autodeterminación, en el sentido de que puedan decidir sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.

Consecuentemente, es indispensable que la aspiración de construir una ciudadanía que ejerza su derecho a la cultura introduzca el dialogo horizontal entre el Estado y los pueblos indígenas como mecanismo de armonización de propuestas y de buena gobernanza. Cuando el diálogo se base en las peculiaridades de los pueblos afectados y los acuerdos alcanzados se cumplan en los plazos pactados, entonces se podría evitar el desencadenamiento de conflictos o mitigar los ya existentes, y contribuir a la instalación de la paz social, tan necesaria en este país aún fracturado.

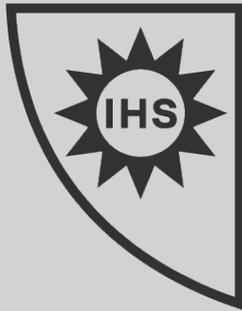
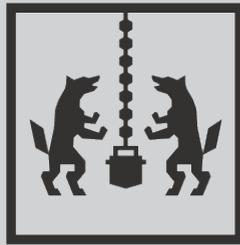
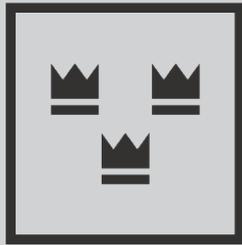
24 Resolución Administrativa N° 130-2021-CE-PJ del 26 de abril del 2021.

25 Decreto Supremo N° 004-2021-JUS del 22 de abril de 2021.

6. Referencias bibliográficas

- Abanto, A. (2011). "La institucionalidad indígena en el Perú", *Revista Argumentos*, Instituto de Estudios Peruanos, cuarta edición, Lima, setiembre.
- Anaya, J. (2014). Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, *Observaciones sobre la ampliación de explotación y extracción de gas natural en el Lote 88 del proyecto Camisea*.
- Arellano-Yanguas, J. *Aggravating the resource curse: decentralization, mining and conflict in Peru*, Journal of Development Studies, 47.
- Ballón, E. (2006). *Crecimiento económico, crisis de la democracia y conflictividad social. Notas para un balance del toledismo*. En: Paredes, M. (ed.). (2006). *Perú Hoy: Democracia inconclusa: Transición y crecimiento*, Centro de Estudios y Promoción de Desarrollo - DESCO, No. 9, Julio.
- Bebbington, A. (2012). *Extractive industries, socio-environmental conflicts and political economic transformations in Andean America*. En: Bebbington, A. (2012). *Social Conflict, Economic development and extractive industry. Evidence from South America*, London, Routledge ISS Studies in Rural Livelihoods.
- Bonilla, H. y Spalding, K. (1972). *La Independencia en el Perú: Las palabras y los hechos*. En: Matos Mar, J. (ed.), *La Independencia del Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima.
- Burt, J. M. (2011). *Violencia y autoritarismo en el Perú: Bajo la sombra de Sendero y la dictadura de Fujimori* (Ideología y Política, 31), Instituto de Estudios Peruanos, Asociación SER, Equipo Peruano de Antropología Forense: Lima, Segunda edición.
- Cavero, O. (2014). "Después del baguazo: Informes, diálogo y visiones del Conflicto". In: N. Henríquez (ed.), *Conflicto social en los Andes. Protesta social en Perú y Bolivia*, Fondo Editorial PUCP.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). *Informe final*, Lima.
- Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas (2001). *Plan de Acción para los Asuntos Prioritarios de las Comunidades Nativas*, Lima. http://servindi.org/pdf/CEMCN_final_.pdf
- Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua (2009). *Para que nunca más vuelva a suceder*, informe final.

- Defensoría del Pueblo (2005). *Ante todo el diálogo. Defensoría del Pueblo y conflictos sociales y políticos*, primera edición, Lima, noviembre.
- _____. (2006). *Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento y Contacto Inicial*, Informe Defensorial N° 101, Lima, enero.
- _____. (2007). *Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*, Informe extraordinario, Lima.
- _____. (2009). *Actuaciones humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 5 de junio de 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua, región Amazonas, en el contexto del paro amazónico*, Informe de adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD, Lima.
- Due Process of Law Foundation y Oxfam América (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Lima, marzo.
- Finer, M. & Orta-Martínez, M. (2010). *A second hydrocarbon boom threatens the Peruvian Amazon: trends, projections, and policy implications*, Environmental Research Letters, No. 5, Reino Unido.
- La Rosa, J. *Cuando la forma es tan importante como el fondo*. <http://www.revistaideele.com/ideele/content/ley-de-consulta-cuando-la-forma-es-tan-importante-como-el-fondo>.
- Mariátegui, J. C. (2007). *7 ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, Ayacucho, Fundación Biblioteca Ayacucho, Colección Clásica No. 69.
- Ministerio de Cultura. Plan Nacional de Cultura al 2030, Lima.
- Pajuelo Teves, R. (2006). *Participación política indígena en la sierra peruana. Una aproximación desde las dinámicas nacionales y locales*, Instituto de Estudios Peruanos.
- Rodríguez Garavito, C. (2011). *Ethnicity.gov: Global governance, indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 18, No.1.



EL BICENTENARIO Y EL DERECHO

Benjamín Aguilar Llanos

Introducción

Nadie imaginó recibir el bicentenario como lo hemos recibido. Factores externos e internos ayudaron a que la emblemática fecha transcurriera como si fuera un 28 de julio más; incluso, ni siquiera hubo desfile militar para el pueblo, que es el que con mayor felicidad gozaba de él, porque le permitía vivir un día especial de la familia, como solía suceder. El bicentenario coincidió con un cambio de gobierno inesperado, inusual, sorpresivo y, para muchos, inconveniente; ello generó desconcierto e incertidumbre que hasta ahora se mantienen en la población, porque nadie puede discutir que estamos ante un gobierno improvisado.

Los analistas políticos —llamados especialistas, en este caso, constitucionalistas—explican la situación desde una perspectiva ideológica, por lo cual hay especialistas de derecha y de izquierda —entonces, encontramos especialistas a la medida del que lo solicita—, lo cual es un grave perjuicio para el auténtico derecho, ya que la ideología se ha aupado al interés puro del derecho.

El bicentenario encuentra al país dividido. Algunos ven una suerte de confrontación de clases y ello le hace mucho mal al Perú, porque una situación de esa naturaleza augura un futuro incierto, por decir lo menos. Ojalá nos equivoquemos, pero ello se lo dejamos a los políticos, venidos tan a menos, en estos tiempos.

Si hacemos una suerte de paralelo con la forma en que se recibió el centenario, podríamos decir —por lo que se lee y las pocas imágenes que vemos de lo que fueron los primeros cien años de la República— que no hay punto de comparación con lo que estamos viviendo. En el centenario, gobernaba Leguía —para muchos un gran presidente que apostó por una economía abierta al mundo—; de allí que concurrieron delegaciones de diferentes países de América, Europa y Asia, y cada uno de ellos, en símbolo de amistad, donó hermosas obras que hasta hoy perduran, como el Monumento a Manco Cápac, el Museo del Arte Italiano, el Arco Morisco, la Torre del Parque Universitario, entre otros.

En este bicentenario, aparte de lo que hemos descrito, se le debe sumar la pandemia del coronavirus, que hasta el momento ha matado a casi 200 mil peruanos. Entonces, con todos estos factores, debe explicarse la forma poco convencional —por decir algún término— de cómo hemos recibido este bicentenario; en verdad, no hay nada que festejar.

El Derecho Peruano y el Bicentenario

En nuestra era republicana, hemos tenido tres Códigos Civiles: el de 1852, promulgado bajo el gobierno constitucional de don José Rufino y Echenique, y que tuvo larga duración; el Código Civil de 1936, promulgado bajo el gobierno del Mariscal O. R. Benavides y en circunstancias difíciles por la convulsión militar vivida en esa época, y por último, el Código Civil de 1984, promulgado el 14 de noviembre de 1984, bajo el gobierno constitucional de don Fernando Belaúnde Terry, luego de que el pueblo en 1980 decidiera volver al Estado de derecho, luego de una prolongada dictadura.

En cuanto a constituciones, hemos tenido no menos de 12, y muchas de ellas de cortísima duración, como las últimas tres: la de 1933, bajo el gobierno militar del Sánchez Cerro; la de 1979, luego de que la dictadura militar pusiera punto final a su aventura; esta Constitución fue promulgada el 28 de julio de 1980 bajo el gobierno constitucional de Belaúnde; y, por último, la Constitución de 1993, luego del penoso 5 de abril de 1992, fecha en la que todas las instituciones democráticas quedaran en manos del gobernante de turno; esta Constitución, impulsada por la comunidad internacional, fue promulgada por el señor Fujimori, y es la que está vigente.

Paralelo entre los tres códigos civiles que hemos tenido, con énfasis en los temas de familia y sucesiones

El Código Civil de 1852

En el Diccionario de la Legislación Peruana de Francisco García Calderón (1879), se alcanza a describir los trabajos previos al Código Civil de 1852, los serios problemas que se tuvieron que afrontar para adaptarse a una legislación propia para un país que estaba en el inicio de una República independiente y con las convulsiones de la época (pp. 412-413).

En lo concerniente al Código Civil de 1852, p. 413, se señala que el estuvo dividido en tres libros:

En el libro primero encontramos arreglado todo lo relativo a los ausentes, de un modo que no se conocía en las leyes españolas; se ha suprimido la arrogación, se ha quitado a los hijos en algunos casos el usufructo de los bienes castrenses, y se ha establecido el consejo de familia y los registros de estado civil. Además de esto hay otras muchas modificaciones en cuanto a la edad de la emancipación, premio, derecho y obligaciones de los guardadores [...] (1852, p. 413).

Lo que llama la atención del autor de este artículo es la presencia del consejo de familia, en cuanto a que ya en 1834 había un trabajo sobre este tema, realizado por el ilustre don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada, a propósito del encargo del gobierno de trabajar el proyecto de un Código Civil. Vidaurre aludía a este consejo de familia o —si se quiere— asamblea de parientes, para encargarse de los problemas que se suscitaban dentro del entorno familiar sin permitir que terminen judicializándose, porque se volvían insolubles. Este consejo se iba a encargar de resolver problemas conyugales, problemas con los hijos y demás. Para Vidaurre, quién mejor que los mismos familiares, reunidos en juntas, para proponer soluciones a esos problemas, que debían ser aceptados por los que estaban en conflicto. El Código Civil de 1852 incorpora el consejo de familia¹. Se puede observar cómo Vidaurre concedía importancia capital a la familia compuesta, pues con ella se iba a constituir este consejo. Sin embargo, en el presente, la idea de consejo de familia de don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada ha quedado desfasada, sobre todo porque ya no hay una clara posición para aceptar a la familia compuesta. El individualismo, el egoísmo y las necesidades económicas han derivado a que el tipo de familia que predomine sea el nuclear; entonces, los parientes que iban a integrar el consejo, con sus problemas propios, ya no tienen interés en participar de los problemas de sus familiares. Si bien el consejo de familia fue recogido en los Códigos Civiles de 1936 y 1984, hoy existe una propuesta de modificación para suprimirlo. En el presente, esta institución, tal como se había regulado, no cumple el papel que Vidaurre pensaba iba a tener, sobre todo porque se ha puesto mayor atención en resolver los problemas económicos antes que atender los problemas personales de la familia; sumado a ello, el extremado reglamentarismo

1 Para entender bien el pensamiento de Vidaurre sobre este tema, citamos un texto consignado en *La familia en el Código Civil peruano* de Benjamín Aguilar (2008): En 1834, don Manuel Lorenzo Vidaurre y Encalada, en su proyecto del código civil decía sobre el consejo de familia. A primera vista se reconocen los útiles resultados, se evitarían muchos pleitos y causas escandalosas, sería muy fácil la reconciliación entre el marido y la mujer, y entre éstos y los hijos. Se uniría la justicia con la equidad y el interés personal por lo general ominoso, aprovecharía en tales circunstancias, no le sería indiferente un proceso en que se comprometiera el honor de la familia [...]” (p. 593).

con que se ha regulado ha llevado a que no se convoque a consejos de familia².

En el libro segundo, se ha reducido el término de la prescripción y el número de todo lo imprescriptible. En materia de herencia y testamentos, aparte de que se han variado las formalidades para el otorgamiento y se han realizado otras modificaciones, es notable la abolición de los fideicomisos, de los poderes para testar, de las cláusulas derogatorias y de los testamentos en común. Son también casi enteramente nuevas las leyes que arreglan la sucesión de los hijos ilegítimos. En el tercero, hay multitud de minuciosidades sobre los modos de acabar la venta, el arrendamiento, etc., sobre rentas vitalicias, censos y demás contratos.

Como se puede observar, algunas figuras de la época, como el usufructo de bienes castrenses, la emancipación y los premios, han desaparecido, salvo la abolición de los fideicomisos, figura que el Código Civil de 1852 suprimió y que la legislación del Código Civil de 1984 tampoco contempla. Sin embargo, la ley de bancos la regula y reclama su presencia en el libro de sucesiones; la existencia de poderes para testar que recogió este Código del 52 influenciado por las reales cédulas de España, hoy no tienen cabida en la legislación peruana, por cuanto el testamento es un acto jurídico por excelencia individual y se toman las precauciones para que se respeten la auténtica voluntad del testador, incluso en el mismo momento en que el notario está redactando el testamento y es por ello que el Código Civil de 1936 como el vigente de 1984 lo prohíben (ver artículo 696, inciso 2 del Código Civil); los testamentos en común, llamados testamentos mancomunados; este tipo de testamento de esa época no es aceptado en el presente y la legislación los declara nulos si se hubieran otorgado por dos o más personas. Se trata de rescatar la auténtica voluntad del causante, la cual se vería amenazada si el testador, al redactar su última voluntad, estuviera con otras personas que pudieran influir en el testador; por ello, el Código Civil peruano, en el numeral 814, prohíbe los testamentos mancomunados.

Este Código Civil, promulgado bajo el gobierno constitucional de don José Rufino y Echenique, adecuado a su época, cerró toda una etapa larga de discusiones sobre dotar de una legislación para una República naciente, y pese a los cambios que se produjeron de un siglo a otro (siglo XIX al siglo XX) tuvo larga vida, en tanto que rigió hasta el 13 de noviembre de 1936.

Lo llamativo de este Código es que los temas sucesorios no tuvieron una regulación propia en un texto que separe la disciplina sucesoria de las otras ramas del Derecho, sino que fueron regulados en el libro de reales, por

2 Para saber más sobre Vidaurre, recomendamos el ensayo escrito por Guillermo Leguía, publicado en el boletín bibliográfico de la Universidad de San Marcos de Lima, de setiembre de 1928 (Año-VI, número 5).

cuanto una de las formas como se adquiere propiedad es precisamente la sucesión. Es con el Código Civil de 1936 que la sucesión va a tener su propio libro con una regulación de todo el proceso hereditario, aun cuando siguió arrastrando figuras del derogado Código Civil de 1852, como, por ejemplo, la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, en cuanto a temas sucesorios se refiere.

En la época virreinal, con la real cédula de Felipe II, se introduce, en el Perú, en 1564, el sistema matrimonial católico para América, con sujeción estricta a la reforma tridentina, y es así que el matrimonio se concibe como sacramento y contrato.

En la época de la República, la vigencia y la validez de las normas del matrimonio religioso católico con efecto civil subsistieron. El texto del Código Civil de 1852 sobre la naturaleza del matrimonio oficial en la legislación peruana no deja ninguna duda sobre la vigencia y la influencia absoluta del Concilio de Trento en el Perú; así, el artículo 156 del citado Código de 1852 afirmaba lo siguiente: “El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento”.

Con los decretos leyes 6889 y 6890 del 8 de octubre de 1930, en época del presidente *de facto* Luis M. Sánchez Cerro, se incorpora a nuestra legislación civil (Código de 1852) el matrimonio civil como el único que genera efectos jurídicos y, por lo tanto, desde esa fecha, las peruanas y los peruanos deberían de casarse en el Registro Civil; ello no supone que el matrimonio religioso ya no siga vigente, empero ya no produce efectos civiles.

También, se incorpora la institución del divorcio absoluto, que rompe el vínculo matrimonial; sobre el particular, tener presente que hasta antes de la dación de estos decretos leyes, solo existía, en el Perú, para las personas casadas que se habían distanciado la posibilidad de la separación legal, que daba fin al régimen de la sociedad de gananciales y suspendía la vida en común, pero subsistía el vínculo matrimonial, y ello en consonancia con el matrimonio religioso que, como ya se ha señalado, no permitía el divorcio absoluto, tal como ocurre en el presente, por cuanto el matrimonio no solo es contrato, sino también sacramento y, en consecuencia, no se puede faltar a ese sacramento.

Debe hacerse presente que, en este campo, el Perú es pionero de la incorporación del divorcio en la región; luego, si observamos el panorama actual sobre estos temas de familia, y sobre todo del divorcio, constataremos que la mayoría de los países de la región han incorporado no solo el divorcio, sino también las uniones civiles, el matrimonio entre personas del mismo sexo, sea por normas legales o por interpretación de sus tribunales constitucionales, mientras que en el Perú aún sigue pendiente el tema de las uniones civiles.

Sobre los hijos, si bien, en el presente y con la Constitución de 1979, se establece la igualdad de todos ellos, independientemente de cuál sea la

fuente de su origen, el matrimonio o la unión de hecho, si fueron reconocidos o declarados judicialmente y los que lo son por la vía de la adopción, esta situación no se producía en los albores de la República. Cuando se promulga el Código Civil de 1852, existía una discusión entre los juristas de antaño, que hacían una clasificación de los hijos, que hoy nos puede no solo asombrar, sino causar repulsa; en efecto, los hijos extramatrimoniales (llamados bordesinos) fueron clasificados en dos grandes grupos: los naturales o nacidos de padres que, si bien no estaban casados, no tenían impedimento alguno para casarse, y los espurios procreados por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio. A estos últimos, se los solía dividir en fornesinos, que eran los adúlteros e incestuosos; los sacrílegos, procreados por personas atadas por votos religiosos; y los mánceres, hijos de prostitutas. Ciertamente es que el Código Civil de 1852 no recogió estas clasificaciones, en tanto que clasificó a los hijos en legítimos e ilegítimos, tal como lo recogió el Código Civil de 1936, y que luego fue cambiado por el Código Civil de 1984, en matrimoniales y extramatrimoniales, con la aclaración de que esta clasificación no es para restringir derechos o privarlos de los mismos, sino meramente descriptiva.

Código Civil de 1936

Promulgado por Oscar R. Benavides el 30 de agosto de 1936, luego de que ilustres juristas prepararan el proyecto de reforma del Código del 52, entre los que destacaban Juan José Calle, Augusto Olaechea, entre otros. Este Código respondía a la época en que fue redactado y acogía figuras de ese entonces, como es el caso de familia patriarcal en la que predominaba el padre sobre su cónyuge e hijos, todos ellos sometidos a una autoridad vertical. En lo concerniente al matrimonio, con la existencia de la figura de la potestad marital, que hacía descansar en el marido las funciones de representar a la sociedad conyugal, manejar el patrimonio social, representar a la sociedad, dirimir asuntos de patria potestad sobre los hijos, fijar el domicilio conyugal, autorizar o no el trabajo de la cónyuge e incluso imponer a la consorte la obligación de agregar a su apellido el de su marido.

Este tratamiento legal, adecuado a una época en la cual generalmente la mujer nunca dejaba la autoridad a la que estaba sometida, pues en su estado de soltería estuvo bajo la potestad paterna, al haberse desposado pasaba a la potestad marital, debido a la situación de postergación y relegación en que se encontraba la mujer (con excepción de honrosas damas) dentro de una sociedad tremendamente machista, situación que comenzó a cambiar en la década del 50 del siglo pasado, cuando la mujer, educándose y capacitándose por sus propios medios, se hizo de un lugar propio en esta sociedad. Fue así como la Constitución de 1979 reconoció la igualdad del

hombre y la mujer ante la ley, igualdad que trajo trascendentes cambios en las relaciones familiares, dentro del matrimonio, en tanto que, por la igualdad obtenida, desaparece la figura de la potestad marital que tanto daño e injusticias causó, y con ello se revaloró la presencia de la mujer.

En lo que atañe a los hijos, la situación no cambió, porque se los clasificó como hijos legítimos e ilegítimos; estos últimos tenían una categoría inferior a los primeros. Solo como muestra cabe consignar la norma del artículo 762 de dicho Código en temas sucesorios, que señalaba que cuando concurrían a una herencia hijos legítimos e ilegítimos, el ilegítimo heredaba la mitad de lo que correspondía al legítimo. Esta norma fue ampliamente criticada, porque no solo era discriminatoria, sino injusta, ya que la sociedad condenaba al ilegítimo, que no tenía culpa alguna de haber nacido en esa situación, a ser un hijo de segunda categoría.

Se sumaba a ello el no reconocimiento de la unión de hecho o concubinato, que era considerada como una suerte de pecado social, al igual que los hijos nacidos de esas relaciones. Estos estigmas perduraron por muchos años y comenzaron a desaparecer cuando se promulgó la Constitución de 1979, que estableció la igualdad de todos los hijos ante la ley, independientemente de cuál fuera la fuente de su nacimiento, y sobre todo porque se reconoce la unión de hecho, aun cuando —valgan verdades— el reconocimiento se circunscribía a reconocer la sociedad de bienes que se generaba en el concubinato y la sociedad de gananciales que nacía con el matrimonio.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional el que, a través de diversas resoluciones, ha generado conciencia en la población de que estamos ante una familia y que, por lo tanto, debe ser no solo reconocida como tal, sino protegida por el Estado.

Este Código Civil de 1936, en lo que atañe al matrimonio, no define que tiene que ser heterosexual y no lo hace por cuanto en la época en que fue promulgado este tema no era materia de discusión, como sí lo es en el presente, y ello se constata cuando se promulga el Código Civil de 1984 que define el matrimonio como una unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer.

Tal como se señaló, había sido introducido en nuestro sistema jurídico el divorcio por los decretos leyes previamente mencionados. El Código del 36 recogía el divorcio, pero, regulaba igualmente la separación legal que, como efecto, no llevaba a la disolución del vínculo, sino a suspender la vida en común y poner fin a la sociedad de gananciales. Resulta curioso que a pesar de que ambas instituciones fueran diferentes por los efectos que producían la separación legal y el divorcio, las causales para ambas sean idénticas.

Un sector importante de la doctrina opina que la separación legal debía desaparecer y que solamente se debían regular los temas de divorcio. Sin

embargo, este sector no alcanza a distinguir que la separación legal cumple el cometido de que los cónyuges se den una nueva oportunidad para la reconciliación, que no solo tiene una connotación religiosa, sino también jurídica, en tanto que, incluso tras haberse dictado una sentencia firme de separación legal es posible que los cónyuges continúen siéndolo a través de esta, ya que tiene como fin dejar sin efectos las resoluciones que declaraba la separación legal. Esto no ocurre con el divorcio, por cuanto declarado el mismo ya no hay ninguna posibilidad de reconciliación; si los cónyuges persistieran en seguir unidos, tendrían que casarse nuevamente.

El Código Civil de 1936 regula figuras como los esponsales y el consejo de familia, instituciones que funcionaron poco por cuanto la realidad las fue superando. En el caso de los esponsales, en el presente, la gente se casa sin siquiera conocer qué es la institución del matrimonio y qué efectos conlleva, sobre todo porque solo da lugar a una indemnización por el daño moral ocasionado cuando los esponsales no obligan a quienes lo celebran a cumplir con su compromiso de casarse. Sin embargo, sin necesidad de esta figura, se puede solicitar indemnización en tanto que al haberse producido un daño a uno de los celebrantes de la promesa esponsalicia tiene que ser reparado.

Por otro lado, el Consejo de familia fue regulado con un reglamentarismo extremo, tanto en la formación del consejo, su constitución y funcionamiento, que la hicieron casi inoperante, pero sobre todo este consejo funciona con los parientes del niño, de la niña o del adolescente y para el discapacitado que no puede ejercer sus derechos por sí mismo. Sin embargo, la realidad es que la pobreza, el individualismo, el egoísmo han producido que hoy lo que algún día se llamó familias compuestas prácticamente no existan, y precisamente es con esta asamblea de parientes que debe funcionar el consejo.

Entonces, en el presente, casi existe consenso en suprimir tales instituciones, que fueron replicadas en el Código Civil de 1984.

En lo que atañe al derecho sucesorio, el Código Civil de 1936 conservó la figura de la mejora legitimaria que precisamente se obtenía de la legítima. El causante podía favorecer a uno de sus hijos legitimarios respecto de los otros, con lo que se producía una discriminación —y sobre todo encono— en los familiares. No recogió el derecho de habitación del cónyuge supérstite, que ya existía en la legislación italiana, lo cual resulta criticable por cuanto este derecho persigue proteger al sobreviviente de la sociedad conyugal al darle seguridad sobre su residencia.

Las normas del Código Civil de 1936, que fueron muy criticadas por el error y la confusión en que habían caído los legisladores, están referidas a no separar los gananciales de la cuota hereditaria. En efecto, los artículos 704 y 765 de este Código aludían a que si la cónyuge concurría con los hijos del causante y sus gananciales superaban su cuota hereditaria, la perdía y solo se quedaba con los gananciales. Esto era un grave error, en tanto que

confundía gananciales con herencia, que por sus propias características son diferentes. Afortunadamente, el Código Civil de 1984 superó este error y generó la norma del artículo 730 que alude a que no se puede confundir gananciales con herencia, lo que permite que la cónyuge que concurre con los hijos del causante e independientemente de cuál sea su ganancial, siempre termina recibiendo su cuota hereditaria.

El Código Civil de 1936 no reconocía la herencia entre los integrantes de una unión de hecho. Repárese que el concubinato no fue acogido por este Código y que tibiamente trató de resolver el problema generado por la ruptura de hecho del concubinato por el concubino, que condenaba a su pareja al desamparo y al abandono. Los legisladores de esa época afirmaban que esta figura podía ser superada con el juicio de enriquecimiento indebido, proceso que era ordinario y con costos no solo monetarios, sino del tiempo que demandaba.

En lo que atañe a la sucesión legal, el orden hereditario contemplaba a los descendientes, a los ascendientes y a la cónyuge. Sin embargo, si esta concurría con los hermanos, la herencia se dividía entre ellos, en tanto que el legislador los puso a la par, tema que ha sido modificado sustantivamente por el vigente Código Civil, en el que se puede apreciar cómo el cónyuge desplaza a los hermanos del causante al cuarto orden hereditario. De esta forma, la cónyuge termina siendo una heredera privilegiada a pesar de que aparentemente ocupa el tercer orden hereditario; sin embargo, concurre con los descendientes del causante; si no hay descendientes, pero sí ascendientes, concurre con estos últimos; y si no hubiere ni primer ni segundo orden, la cónyuge termina heredando todo el patrimonio hereditario.

Por otro lado, un tema que desde nuestro punto de vista nos parece convenientemente regulado es el de la concurrencia de la cónyuge con los ascendientes del causante, por cuanto este Código reguló esta situación señalando que si la cónyuge concurre con los padres del causante, hereda una cuota igual a uno de ellos, y si concurre con otros ascendientes (abuelos, bisabuelos, etc.), la cuota de la cónyuge no podrá ser menor a la mitad del patrimonio hereditario, norma que preferimos a la que aparece en el vigente Código Civil del 84, por cuanto señala que la cuota de la cónyuge que concurre con ascendientes del causante es igual a la de uno de los ascendientes, lo que torna injusta dicha disposición por cuanto, al concurrir con un número mayor de ascendientes, su cuota termina minimizándose.

El Código Civil de 1936 rigió hasta el 13 de noviembre de 1984, por cuanto fue derogado por el vigente Código Civil de 1984, y el balance que hace el autor de esta nota no ha sido satisfactorio, quizá por responder a la realidad de la época en que se promulgó, pero no tuvo una visión de futuro para prever determinadas situaciones que, al no estar reguladas, generaban situaciones injustas.

Código Civil de 1984

Bajo la vigencia de la Constitución de 1979, que incorporó a la ley de leyes importantes conquistas sociales en el plano familiar y, en general, a la sociedad entera, como el deber del Estado de proteger a la familia, la igualdad de todos los hijos, independientemente de cuál fuera la fuente de su nacimiento, matrimoniales, extramatrimoniales reconocidos o declarados, a lo que se suman los hijos por adopción, la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, y el reconocimiento de la unión de hecho. Bajo todas estas importantes incorporaciones, se promulga este Código el 14 de noviembre de 1984, después de una larga discusión en la que intervino una serie de personalidades del mundo jurídico, como Felipe Osterling, Jorge Avendaño, Rómulo Lanatta, Héctor Cornejo Chávez, Fernando Vidal, Fernando De Trazegnies, León Barandiarán, por citar solo a algunos. Como dice Delia Revoredo en *Exposición de Motivos no oficial del Código Civil* citando a Clovis Bevilacqua:

[...] por el hecho mismo que el Derecho evoluciona, el legislador tiene necesidad de armonizar los principios divergentes para acomodar la ley a las nuevas formas de relaciones y para asumir discretamente la actitud de educador de una nación, guiando cautelosamente la evolución que se acusa en el horizonte. (1980, p. 5)

En efecto, en el Perú, se habían producido cambios importantes que afectaron a la sociedad entera y al Derecho. Por lo mencionado en la Constitución de 1979, resultaba necesario un nuevo Código Civil que recogiera esos cambios, pues el papel del Derecho es regular los hechos que aparezcan en la sociedad, porque de no ser así, los hechos terminan superando al Derecho y se generan situaciones injustas, como, por ejemplo, ocurrió con el concubinato que, al no existir un reconocimiento oficial del mismo, se terminó condenando generalmente a la concubina a una situación de abandono, desamparo y a un estado de necesidad.

Este nuevo Código Civil que, desde su promulgación hasta el presente, ha sufrido cambios importantes, ha mejorado con respecto al Código Civil de 1936, ya que los cambios producidos en los temas materia de este artículo — derecho de familia y sucesiones— han sufrido modificaciones importantes, sin embargo, insuficientes como para atender a una población cada vez más necesitada de derechos que la protejan que puedan ser efectivos y no se queden en letra muerta.

Antes de entrar a analizar los cambios realizados en familia y sucesiones, veamos las omisiones en que ha incurrido este nuevo Código Civil y que, hasta el presente, no terminan de llenarse.

En familia, no se ha suprimido una institución desfasada y que en el presente no tiene acogida alguna como es el caso de los esponsales. Otro tanto ocurre con el consejo de familia, porque esta institución se basa en la familia compuesta (padres, hijos, abuelos, tíos, sobrinos y demás) que, en el presente y por los graves problemas que vive la nación, ya dejó de funcionar, por cuanto las necesidades cada vez más apremiantes han llevado a que cada familia vele por solamente por la familia nuclear y que los parientes con quienes debería funcionar el consejo de familia pasen a un segundo lugar. Por otro lado, tal como está regulado el consejo de familia, el único interés en que se ha esmerado el legislador es cuidar el patrimonio del menor o del discapacitado, y se ha olvidado de que lo más importante es el guardado mismo, es decir, la persona que debe ser cuidada y protegida. Se trata de una visión netamente patrimonialista del consejo de familia que no es la correcta en las instituciones protectoras de las personas vulnerables.

En cuanto a la familia, si bien es cierto que se regulan las relaciones familiares, la atención preferente la tienen las familias matrimoniales (sobre el particular, ver la ley de Población); y si bien no se ha oficializado aún que las uniones de hecho o concubinato sean consideradas como familias, es cierto que el Tribunal Constitucional es el que se ha pronunciado sobre este tema y las ha calificado como familias; sin embargo, ello debería estar recogido en el Código Civil.

El Derecho debe perseguir los hechos para regularlos, pero ello no se evidencia con las uniones civiles, con las personas nacidas como resultado de las técnicas de reproducción asistida ni con la adopción de menores de edad, entre otros aspectos. En el caso de la adopción de un menor, la regulación no debe dejar dudas de que el adoptado se incorpore a la familia del adoptante. El parentesco por afinidad que, en el presente, solo sirve como impedimento matrimonial, debería pensarse en la generación de derechos para los menores adoptados, sobre todo cuando son parte de una familia ensamblada.

Otro campo del derecho de familia revisable es cómo era regulada la patria potestad en la legislación del 36, que fue criticada por cuanto se veía en ella una mayor preocupación por el manejo del patrimonio del menor que por su misma persona. El Código de 1984 pudo haber aprovechado esta oportunidad para revertirla; sin embargo, la replica casi enteramente; por ello, se podría decir que es una legislación patrimonialista en un campo netamente personal que tiene como actores a la población más vulnerable de una sociedad. Además, es ir contra la realidad, por cuanto si los padres no tienen los recursos necesarios, menos los van a tener los hijos que procrean. Entonces, se regula para un número ínfimo de la población con patrimonio propio a la que el Código le dedica la mayor cantidad de artículos que entran al detalle de cómo se maneja su patrimonio, qué hacer con su dinero, dónde

colocarlo y hasta cuándo se hace el balance final, al llegar el menor a la capacidad, si existiera saldo a su favor, y generara intereses. La realidad es otra: se debe velar, como dice el Código de los niños y los adolescentes, por el desarrollo integral del menor, transmitirle valores, educarlo con ejemplos de vida para conseguir una sociedad, no como la que tenemos ahora, sino una sociedad solidaria, tolerante y respetuosa de las ideas de los demás, es decir, una sociedad formada por personas con dignidad que han sabido asimilar las enseñanzas de sus progenitores.

En tema de familia, una de las instituciones más importantes es la filiación, porque, a través de ella, la persona humana, nacida de una unión de hecho, debe tener las condiciones favorables para poder establecer una relación paterno filial, lo que va a permitir el ejercicio de todos sus derechos, entre los cuales, obviamente, el prioritario es el derecho al alimento. Por ello, debe ser recogido por la Constitución como un derecho fundamental de la persona; no como ahora se le trata, en tanto que nuestra carta magna reconoce el derecho a la identidad y dentro de ella la filiación como un componente más. Este derecho a la filiación debe ser reconocido como un derecho humano en forma independiente; de esta forma, tomará mucho más valor e interés en generar las condiciones más favorables para establecer, como ya se mencionó, la relación paterno filial que no solo contiene derechos familiares, sino también sucesorios.

En lo que atañe a la sucesión, otra omisión está referida a regular la institución de la legítima sobre la base de la realidad que vive la familia. Esta situación ya estaba presente cuando se promulgó el Código. Nos referimos a la familia ensamblada que genera una estructura familiar en la que conviven parientes consanguíneos con afines, que no están comprendidos en la institución, lo cual genera injusticias. Por otro lado, no se tiene en cuenta que la edad promedio de fallecimiento de una persona ha sido largamente superada. Entonces, cuando se tiene que aplicar la legítima, los llamados herederos forzosos, personas ya realizadas y sin problemas de necesidades apremiantes, son las beneficiarias. En consecuencia, la legítima pierde sentido, por cuanto la institución existe en función de proteger a los integrantes del grupo familiar, dependientes del futuro causante; si estos ya no lo requieren, se desnaturaliza la institución. A ello hay que agregar que los porcentajes legitimarios terminan siendo excesivos, ya que dejan al generador del patrimonio, con poca libertad de acción, y reducen la herencia solo a una tercera parte de su patrimonio.

Otra omisión es la posibilidad de tener en un Código los llamados pactos sucesorios que, al respetar la legítima de los herederos forzosos pueda el futuro causante tener la oportunidad de disponer de ese porcentaje, a favor de terceras personas, lo que va a producir rentas, para ser usadas por él, en vida. Sobre el particular, y sin disponer necesariamente del inmueble

donde habita, ha surgido la figura de la hipoteca invertida, que permite al titular contratar con la banca y recibir una mensualidad que lo ayude en su edad adulta; al fallecer, si los herederos desean recuperar la casa, tendrán que pagar la diferencia de la hipoteca o si no cobrar solo el saldo que reste, y el banco se queda con ella. Esto permitirá que las personas que solo tienen como patrimonio el inmueble que les sirve de hogar conyugal sigan viviendo en él, además de percibir un monto que les permita ayudarse en su asistencia. Podría decirse que se está despojando del patrimonio que en el presente va a corresponder a sus sucesores, pero, a cambio de ello y a tono con la realidad, el generador de ese patrimonio gozará, en el otoño de su vida, de una pensión que le permitirá vivir con tranquilidad. El derecho sucesorio debe trabajar su incorporación, porque, sin duda, se trata de una institución que involucra a la sucesión.

La legítima solo debe ser para aquellos familiares cercanos y directos del causante que se encuentren en estado de necesidad cuando ocurra la apertura de la sucesión, es decir, una legítima asistencial, solidaria, y no una legítima ciega, que protege a quien no necesita que lo protegen, por cuanto ello sería desnaturalizar la esencia de la legítima.

Todos estos temas serán abordados cuando entremos a analizar los libros de familia y sucesiones del Código Civil vigente de 1984.

La familia en el Código Civil de 1984.-

Se señala el fin de regular la institución familiar, que no es otro que fortalecerla y consolidarla a tono con el Acuerdo Nacional del 2002 que, en su decimosexta política de Estado, establece el fortalecimiento de la familia peruana para el 2021 al propiciar el desarrollo integral de sus componentes y al haber desterrado o reducido la violencia familiar. Sobre el particular, cabe comentar el optimismo de los integrantes del acuerdo nacional, que se fijaron metas e incluso las cuantificaron. Ejemplo de ello es que se propusieron reducir la violencia familiar al 50 % para el 2010; obviamente, ello no se cumplió, sino que se multiplicó el fenómeno al extremo de generar un nuevo tipo de delito: el feminicidio.

Lo que hoy vemos es una familia, en su gran mayoría disociada, con graves problemas no solo económicos, sino también de crisis de valores, con un aumento cada vez más llamativo de los divorcios, al haberse posibilitado el divorcio convencional. Se señala que, en el presente, la tendencia es ir a un divorcio incausado, lo que terminaría resquebrajando aún más a la familia, la misma que, al estar ante un problema que puede ser superado, recurriría fácilmente al expediente del divorcio. Producido el divorcio, estaríamos ante una familia monoparental, pues faltaría la figura del padre o de la madre,

para que pueda acompañar la fase evolutiva de sus hijos, con los graves perjuicios que ello representa.

Por otro lado, no se puede negar el hecho de que la Constitución Política del Estado señale el deber del Estado de proteger a la familia, ya que, para ello, se han dictado dos Planes Nacionales de atención a la familia hasta el momento: el del 2004 al 2011 y el del 2016 al 2021. Empero, la realidad confirma que, pese a los buenos propósitos de esos Planes, poco o nada se ha avanzado en temas importantes, como la salud (se ha incrementado la anemia, la desnutrición infantil, la mortalidad materna) y la educación (la deserción escolar ha aumentado); esto solo como ejemplo. Todavía queda pendiente avanzar sobre todo en un desarrollo social. En el presente, la tarea urgente es controlar la pandemia y, luego de ello, procurar un desarrollo económico y social; el crecimiento de una nación debe tener un rostro humano.

Se regula la sociedad conyugal con sus deberes y derechos, y esto es una réplica del Código Civil de 1936; sin embargo, en lo que atañe a la familia nacida de una unión de hecho, se le dedica un solo artículo (326). Creemos que por la importancia que han tomado estas uniones de hecho, deben merecer un tratamiento mejor desarrollado y cubrir una serie de situaciones que, en el presente, no están lo suficientemente esclarecidas; a guisa de ejemplo, nos preguntamos lo siguiente: ¿Existen los deberes que nacen de las relaciones personales, como, por ejemplo, se consigna en el matrimonio? ¿Qué sucede cuando estamos ante una unión de hecho que ha formado una familia en la cual existe impedimento matrimonial? Según lo regulado, en el presente, solo les queda el camino del enriquecimiento indebido cuando termina esta unión de hecho. Sin embargo, no se ha contemplado la situación de la unión de hecho irregular en la que uno de los cónyuges actuó de buena fe, es decir, que no conocía que su pareja estaba impedida de casarse. En este caso, a esta unión no se le puede aplicar el artículo 284 del Código Civil, que está referido al matrimonio putativo, en el cual el cónyuge putativo es amparado por la ley. Si bien es cierto que son temas diferentes, la ley debe cubrir estas situaciones que a todas luces generan injusticias para estas uniones de hecho.

En cuanto a los hijos, si bien es cierto que se ha cambiado la denominación y hoy toman el nombre de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, esta clasificación no sirve para restringir derechos, sino que es meramente descriptiva. Además, es útil por cuanto los criterios para aplicar la tenencia y la autorización para casarse son diferentes entre ellos.

Ya nos hemos referido a la patria potestad, que debe llamarse autoridad parental. La crítica sigue siendo la misma: el criterio para regularlas ha sido netamente patrimonial y ha desplazado a la persona del menor, para quien va dirigida especialmente esta institución.

Una crítica que merecen la regulación de los impedimentos matrimoniales también los supuestos de nulidad de matrimonio está referida al cambio que ha surgido con la dación del Decreto Legislativo de 1384, sobre la discapacidad. En el presente, no hay claridad para saber quiénes están impedidos de casarse y, si lo hubieren realizado, tampoco la hay para saber si ese matrimonio es nulo; por ejemplo, si la persona está privada de discernimiento, con el Decreto Legislativo de 1384 no está sometido a interdicción, sino que requiere del sistema de apoyo para poder expresar su voluntad. Entonces, si esta persona llegara a casarse, su matrimonio tendría que ser nulo; sin embargo, el Decreto Legislativo ha derogado ese supuesto como causal de nulidad. Estas descoordinaciones tienen que ser superadas³.

Un tema que merece importante atención para superar los graves errores que padece la regulación vigente está referido al régimen económico del matrimonio y de la unión de hecho. Deben hacerse ajustes urgentes, como, por ejemplo, posibilitar que las uniones de hecho debidamente inscritas en el Registro personal puedan cambiar del régimen de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios, en tanto que, en el presente y por disposición constitucional, estas uniones de hecho, al equipararse la sociedad de bienes a la sociedad de gananciales, terminan condenadas a estar sometidas solo a este régimen, lo que tuvo sentido en un primer momento, porque estas uniones de hecho no tenían un registro propio que llegara a identificarlas como tales para los terceros que contrataban con ellos. Sin embargo, ahora sí lo tienen; entonces, este obstáculo ha desaparecido y es derecho de ellos, así como lo es de los que van a contraer matrimonio elegir el régimen económico para las relaciones patrimoniales que se dan dentro de las familias o que forman parte de una familia poder cambiar de régimen.

Por otro lado, no hay precisión para calificar los bienes propios cuando se trata de "aportar" un bien adquirido antes del matrimonio, pero que termina siendo cancelado por la sociedad de gananciales. Creemos que el legislador debe hacer una nueva clasificación de los bienes: a) los bienes propios que no cabe duda alguna de que fueron adquiridos antes del matrimonio sin tener saldo alguno que pagar; b) los bienes adquiridos dentro del matrimonio a título gratuito; c) los bienes sociales que se adquieren dentro del matrimonio, aun cuando hayan sido adquiridos por uno solo de los cónyuges; y d) los bienes mixtos que fueron adquiridos por uno solo de los cónyuges, pero terminaron siendo pagados por la sociedad, como la edificación de un inmueble sobre predio que tiene la calidad de propio.

3 Sobre el particular, ver las disposiciones complementarias que derogan el numeral 3 del artículo 241 y los numerales 1 y 2 del artículo 274; este último referido a los supuestos de nulidad del matrimonio.

Lo mismo ocurre con las deudas de la sociedad que no han sido tratadas con eficiencia, como ocurre comúnmente cuando se contrae la obligación antes del matrimonio, y tendrían que ser canceladas con bienes propios, pero como la pareja reporta solo como ingresos sueldos que son sociales, estos son los que se ven afectados para el pago de la deuda personal. En todo caso, debería tomarse en cuenta ello, al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, para que no se vea perjudicado el cónyuge que no participó de esa obligación.

La sucesión en el Código Civil de 1984.-

Ha habido importantes cambios para mejorar la legislación del 36, como, por ejemplo, contemplar la herencia entre los integrantes de una unión de hecho; diferenciar los gananciales de la cuota hereditaria y suprimir las mejoras sucesorias, lo que resultaba inútil, ya que si el testador quería beneficiar a uno de sus legitimarios, no tenía que comprometer la legítima, porque podía hacerlo con la porción disponible; reconocer a la cónyuge con derecho preferencial sobre los hermanos del causante; haber introducido en nuestro sistema jurídico el derecho de habitación del cónyuge supérstite como una defensa al nuevo estado de vida del cónyuge sobreviviente; y haber aclarado la representación sucesoria en cuanto a su aplicación tanto en la sucesión legal como en la testamentaria cuando el testador no disponga otra posibilidad.

Sin embargo, quedan muchos temas pendientes y que deben tratarse con la urgencia del caso, como, por ejemplo, la supresión del artículo 829, a propósito de la sucesión legal entre hermanos que marca una diferencia entre hermanos enteros y medios hermanos, ya que estos últimos heredan la mitad de lo que heredan los primeros. Esta norma es una violación flagrante del derecho a la igualdad; por ello, debe ser derogada. En la misma sucesión legal, debería haberse regulado la participación de la cónyuge con los ascendientes del causante, que le dan a la cónyuge una cuota igual a la de un ascendiente, lo que ocasiona que a mayor número de ascendientes concurrentes a la sucesión, la cuota de la cónyuge se vea minimizada. En este tema, debió replicarse lo que señaló el Código del 36, es decir, cuando la cónyuge concurría con los padres del causante, su cuota era igual a la de uno de ellos, y cuando concurría con otros ascendientes más lejanos, la cónyuge heredaba una cuota no menor a la mitad del patrimonio.

En el caso de la representación sucesoria, debe existir una norma aclaratoria sobre la vigencia de la institución cuando el causante solo tiene un hijo como estirpe y otro tanto con la procedencia de la representación cuando, a la muerte del causante, sus hijos (sucesores directos) no son hábiles

para heredar. Entonces, entran en representación sucesoria las estirpes de cada uno de esos hijos inhábiles. También, en esta institución, debe aclararse el tema de los hijos por vía de adopción, que igualmente deben gozar del derecho de representación sucesoria respecto de su padre adoptante, lo que supone que en familia debería adicionarse al artículo 377 del Código Civil un segundo párrafo que señale expresamente que el adoptante se incorpora a la familia del adoptado.

En el caso de la institución de la legítima, debe haber un cambio sustantivo para hacerla más real en cuanto al propósito que ella persigue, esto es proteger a los familiares del causante en el estado de necesidad que se presenta cuando este fallece. Esta institución que, en el presente, recibe muchas críticas al punto de que un sector de la doctrina pretende su supresión. Para nosotros, debe seguir subsistiendo, pero para ello debe sufrir cambios sustantivos, por cuanto los elementos que la componen han sufrido serios cambios o han perdido vigencia. El caso de que la legítima solo esté en función de los herederos forzosos del causante, en un primer momento, era incuestionable, pero el tiempo ha revelado la falencia de que hoy la familia no solo está integrada por los familiares o los parientes consanguíneos del causante, sino que igualmente la integran los parientes afines del causante y que dependen de él. Tal como viene regulada la institución, estos afines no son merecedores de la legítima, pues sabido es que el parentesco afín no genera derechos. No considerar esta situación al incorporar a los afines como beneficiarios de la legítima no solo resulta injusto, sino que se pierde el sentido de que la institución sea una protectora de aquellos que dependen de ella y que deben seguir siendo asistidos cuando el causante haya fallecido.

Es cierto que la crítica que se hace de la legítima respecto de que ya no cumple su fin de protección debido al aumento de la esperanza de vida de las personas trae como consecuencia que cuando se produzca la muerte del causante encontremos a los llamados herederos forzosos, es decir, personas con familia y patrimonio propio que se han independizado y que ya no necesitan ser socorridos con el patrimonio que dejó el causante. Por ello, se propone una legítima asistencial, como lo trata la legislación cubana, a la que nosotros llamamos legítima solidaria, basada fundamentalmente en satisfacer los alimentos de aquellos que en vida del causante dependieron de él y seguirán en ese estado cuando el causante haya fallecido; entonces, verán satisfechas sus necesidades con el patrimonio que dejó el causante.

En el tema de la colación, la regulación legal que trae este Código, a nuestro parecer, no es la mejor y produce confusión sobre cómo llevarla adelante; en primer lugar, debe suprimirse la colación en especie. Esta forma de colacionar no tiene sentido y produce serias injusticias, más aún cuando se da la elección al obligado a colacionar. Debe trabajarse exclusivamente con la colación por imputación, que significa cargar a una cuenta; en este

caso, cada uno de los herederos, una vez fallecido el causante, tiene un haber, una cuota hereditaria, una alícuota o una cuenta a su favor, y es en ella donde debe aplicarse la colación, que carga a esa cuenta el importe de lo recibido en vida del causante; así se tendría una partición justa y equitativa.

Como se puede observar, hay mucho por mejorar para hacer de la sucesión una etapa célere y equitativa. El Derecho está obligado a evitar conflictos familiares, que son lo más perjudicial que puede haber en tanto que, como es de conocimiento público, si se dan a propósito, más en la sucesión testamentaria que en la legal, ya que estas confrontaciones se dan entre familiares cercanos y directos del causante, que cuando estuvo vivo formaron una familia ejemplar, pero luego de fallecido terminan convirtiéndose en enemigos.

A manera de conclusión

- 1) Desde el primer Código Civil que apareció en la República, el Código Civil de 1852, hasta el vigente Código Civil de 1984, pasando por el Código Civil de 1936, observamos que naturalmente se han producido muchos cambios en la sociedad y, en un período que cubre dos siglos, se entiende que los Códigos han tenido que adaptarse a ellos.
- 2) En los dos primeros Códigos Civiles, el de 1852 y el de 1936, los cambios a que aludimos no han sido muy significativos pese al tiempo transcurrido entre uno y otro. En cuanto a temas de familia, el más trascendente es el que está referido al matrimonio que, con el Código Civil de 1852, el único existente en la República y con efectos jurídicos, era el religioso, para luego dar paso en 1930 al matrimonio civil como único válido con efectos jurídicos. También, a ello debemos agregar la incorporación del divorcio vincular, pues conocido es que, con el Código Civil de 1852, el matrimonio no solo era un contrato, sino también un sacramento y, por lo tanto, solo se podía llegar a la separación legal, para luego, siempre en 1930, dar lugar al divorcio que implica rompimiento del vínculo; en eso, como se destacó anteriormente, si cabe hablar de ello, que en la región el Perú fue el país pionero en incorporar a su legislación el divorcio.
- 3) El Código Civil de 1984 —con la experiencia de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, y sobre todo de la Constitución de 1979, que incorporó grandes conquistas sociales y que revolucionó el derecho de familia y el de sucesiones— debió haber regulado las disciplinas jurídicas de familia y sucesiones teniendo en cuenta normas protectoras de la familia y con un tratamiento célere y equitativo el proceso hereditario con cara a la realidad. Sin embargo, por nuestra experiencia en estos campos, lo que vemos es que poco se ha avanzado. Hoy se pretende realizar estos

cambios y para ello existe un proyecto de ley que propone modificar el Código Civil de 1984 en general y los temas de familia en particular. No vemos que ello vaya a ocurrir, sino más bien va a haber un retroceso en los pocos avances que se habían alcanzado con la Constitución de 1979.

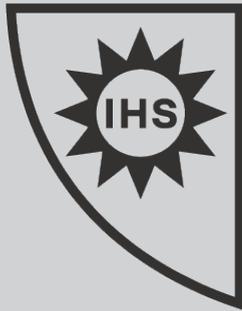
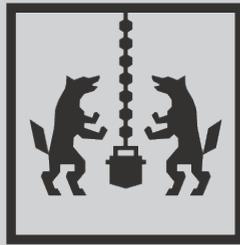
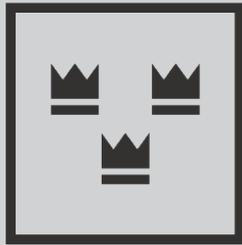
- 4) El Estado se debe comprometer a cumplir su función protectora de proteger a la familia para que no que quede solo como una norma lírica, y regular un derecho sucesorio de cara a la realidad que proponga normas que incorporen lo que ya existe en otros países, como, por ejemplo, que promueven una cultura del testamento en temas de sucesiones.

Referencias bibliográficas

Aguilar, B. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*.

Leguía, G. (1928). *Boletín Bibliográfico* año VI, vol. 3, no. 5. UNMSM.

Revoredo, D. (2015). *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios*. Lima: ECB Ediciones.



UNA TRADICIÓN DE RICARDO PALMA O CÓMO SATANÁS PIERDE PLEITOS POR DESCONOCER LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Carlos Calderón Puertas¹

Emplear las obras literarias para introducir al lector al mundo del Derecho es lo que se pretende en un escrito como este. Se trata de utilizar el texto como pretexto para relacionar los alcances del relato con el tema de la interpretación, una de las formas en las que narración y Derecho se encuentran conectados. Aquí, nos valdremos de una tradición de Ricardo Palma, *Don Dimas de la Tijereta, cuento de viejas que trata de cómo un escribano le ganó un pleito al diablo*, para lograr ese propósito. Para que quede claro desde el principio, aquí se asume como válido el contrato suscrito entre Don Dimas y el Demonio; no nos interesa analizar los presupuestos o los elementos del negocio jurídico o los llamados requisitos de validez; lo único que nos importa es el tema de la interpretación de las cláusulas contractuales.

1. Ricardo Palma

Lima fue fundada por Francisco Pizarro y creada por Ricardo Palma. No hay autor peruano que haya destacado tanto la ciudad como ese hijo de pardo y cuarterona, como se decía entonces, nacido en Lima el 7 de febrero de 1833 y muerto en Miraflores el 6 de octubre de 1919. Circunscribo sus tradiciones a Lima, pues, aunque ellas se hicieron llamar peruanas, solo cuando acomete con punzante invención antes que con árida verdad, los aconteceres de esta ciudad, se siente su inspirado ingenio y su sutil ironía. Riva Agüero, con señera corrección, expresará lo siguiente:

Me imagino que leídas las *Tradiciones* fuera de Lima, deben perder muchos de sus méritos; y que leídas fuera del Perú, perderán la mitad por lo menos de sus hechizos. Pero para los que hemos nacido en este rincón del mundo y amamos con filial cariño los patrios recuerdos, poseen una magia indefinible (1962, p. 187).

1 Magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Juez supremo provisional de la Corte Suprema del Perú.

Muchos años después, un discípulo suyo, José Gálvez Barrenechea, siguiendo esa tendencia, publicará ese clásico libro denominado *Una Lima que se va*.

De hecho, la primera de sus tradiciones, si exceptuamos *Palla – Huaracuna*, cuya forma no es precisamente la del género que le hizo tan famoso, se asienta en Lima, lo mismo la última, escrita en octubre de 1914, que recuerda el tremendo susto que Santa Cruz se llevó en 1839, en la calle del “Rastro de San Francisco”, luego de su derrota en Yungay, que puso fin a su sueño de construir la confederación peruano-boliviana, cuando el ¡viva! de un Palma adolescente le hizo creer que había sido reconocido.

Sus amistades y acaso sus silencios llevaron a Palma a ser considerado un nostálgico del virreinato, a pesar de las (no tan) veladas críticas que escondía su obra, no solo a ese período de la historia peruana, sino también al propio esfuerzo republicano. Quien haya leído las cartas que dirigió a Piérola podrá constatar —perdonen el galicismo que acaso lo enfurecería— sus invectivas contra una oligarquía que no creó un Estado en forma y luego se sumió en la indiferencia ante la derrota insultante por parte del ejército invasor:

Para mí, señor don Nicolás (y perdones mil por la confianza), tiene usted un solo pecado; pero gordo, muy gordo, de esos que no se lavan con todo el agua bendita de la cristiandad: “Ese pecado es no haber sido dictador”. ¡Qué diablos! Serlo, en forma, o no serlo. El carácter benévolo de usted y por lo tanto contemporalizador, nos ha partido por el eje. Los civilistas son orgánicamente intransigentes y usted se empeñó en obligarlos, a fuerza de beneficios y consideraciones, a transigir. Esa gente respiró, respira y respirará solo ponzoña contra usted. Pudo usted y no quiso aplastar a tiempo a los escorpiones (Palma, 1979, p. 47²)

Que el romanticismo literario decayera en el Perú de finales del siglo XIX y que los sectores más aristocráticos de Lima se unieran a Palma³ completaron

2 De paso, demostrando las limitaciones de Palma, Kapsoli se refiere a la lamentable misiva del 8 de febrero de 1881, en la que denosta de la población indígena con estas palabras: “En mi concepto, la causa principal del gran desastre del 13 está en que la mayoría del Perú la forma una raza abyecta y degradada, que U. quiso dignificar y ennoblecer. El indio no tiene el sentimiento de la patria; es enemigo nato del blanco y del hombre de la costa y, Señor por Señor, tanto le da ser chileno como turco. Así me explico que batallones enteros hubieran arrojado sus armas, en San Juan, sin quemar una cápsula. Educar al indio, inspirarle patriotismo, será obra no de las instituciones sino de los tiempos”. Las expresiones de Palma casi coinciden con la de Riva Agüero: “No hay que engañarse: allí palpita secreta y pérfidamente una hostilidad recelosa y siniestra. El indio es rencoroso; aborrece al blanco y al mestizo con toda su alma; procura engañarles y perderles; si no les declara guerra franca es por cobardía. En él, como en todos los esclavos, fermentan odios mortales e inextinguibles” (Kapsoli, 2018, p. 190).

3 Haya diría lo siguiente: “los señoritos de la intelectualidad aristocrática limeña”, “troupe de

para olvidar sus afectos liberales y situarlo, más bien, en el lado conservador de la República. Casi coetáneamente, quizá luego de la Conferencia en el Ateneo de Lima de 1886 (“Arcaísmo implica retroceso: a escritor arcaico, pensador retrógrado”), posiblemente después del famoso discurso del Politeama del 28 de julio de 1888 (“¡Los viejos a la tumba, los jóvenes a la obra!”) y sin ninguna duda luego del Discurso en el Teatro Olimpo del 30 de octubre de 1888 (“pero en la prosa reina siempre la mala tradición”), ocurrió la separación de González Prada. La áspera crítica de don Manuel aquí expuesta originó que Palma, a escondidas, remitiera un escrito a *El Comercio*, cuya autoría fue descubierta y lo colocó en una posición incómoda. El debate se extendió de las letras y las capillas literarias a la mirada del país; también a una distinta sensibilidad política, y derivó, en 1912, en el célebre cambio en la dirección de la Biblioteca Nacional que ocasionó, en primer lugar, el apoyo a Palma por los principales miembros de lo que se dio en llamar la generación del 900; después, la conocida *Nota informativa acerca de la Biblioteca Nacional* en la que don Manuel, con dureza singular, exponía los libros faltantes, el mal gusto y el uso de los libros por parte de Palma como si fueran suyos⁴.

En todo caso, más allá de las magulladuras intelectuales, lo cierto es que mientras González Prada era señalado como el apóstol de las nuevas generaciones (hubo hasta una universidad popular con su nombre) y recibía el agradecimiento de los nuevos⁵, Palma quedó afincado en lo viejo, lo pasado y la tradición. Acaso, por eso, un miembro de esa aristocracia limeña como Riva Agüero lo llamará “el representante más genuino del carácter

gente distinguida, intelectuales católicos, niños bien y admiradores de apellidos sonoros” (Haya de la Torre, 1985, p. 95); en cambio, Sánchez diría lo siguiente: “admiradores del virreinato y la evocación galana” (1981, p. 956).

- 4 Como estampar el sello personal del tradicionista y colocar notas al margen en los libros. Así, por ejemplo, “aparece de este documento que el Virrey Amat, era como libertino, muy capaz de fornicar a una lora por el pico” (González Prada, 1912, p. 20). Es inevitable no recordar que don Manuel informó a Rufino Blanco Fombona de algunas de las expresiones que Palma colocaba en sus libros. El vuelto lo hará Blanco Fombona en el prólogo a la segunda edición de *Páginas Libres*, en el que señalaba que el odio de Palma a Bolívar se debe a que aquel desciende de una violación de soldados “negros” venidos con el Libertador: “Don Ricardo —escribirá— ha olvidado, hasta ahora, incluir entre sus Tradiciones peruanas esta amarga tradición de familia. No podemos echárselo en cara. Me alegro que el viejo mulato de Lima pueda leer antes de morir esta breve nota. Se la debía. No tanto por vindicar la memoria de Bolívar como para corresponder a las acotaciones que él puso, según parece, al margen de alguna obra mía en la Biblioteca Nacional del Perú. Donde las dan las toman” (Blanco Fombona, 1966, p. 22).
- 5 Eguren le dedicaba un poemario: *La canción de las figuras*; Chocano, un poema escrito que iniciaba con el siguiente verso: “Tú apóstrofe certero y elocuente”, mientras Vallejo escribía en *Los dados eternos*: “Para Manuel González Prada, esta emoción bravía y selecta, una de las que, con más entusiasmo, me ha aplaudido el maestro”.

peruano”, el “escritor representativo de nuestros criollos”, sobrio y burlón, enamorado y galante que, aunque religioso, “no reverencia ciegamente al clero y a la Iglesia”, y que ha pintado la “faz benigna y pacífica de los conquistadores, que con frecuencia ha sido olvidada y preterida” (p. 191), y el ambiente colonial del siglo XVIII⁶.

Cierto es, no obstante, que ya Riva Agüero avizoraba lo que de rebelde existía en las páginas de Palma y con evidente enfado agregaba lo siguiente:

Es zumbón, satírico, algo escéptico, amablemente irónico [...]. La Colonia no es para (ser) tomada a lo serio, ya lo dije; y al paso que la amamos, nos reímos un poco de ella. Sin embargo, a veces la burla de Palma, por más que sea benigna y suave, llega a destruir la simpatía histórica. Vemos que se encuentra muy desligado de las añejas preocupaciones, y que, a fuerza de estar libre de esas ridiculeces, no las comprende; y una ligera nube de indiferencias y despego se interpone entonces entre el asunto y el escritor (1962, p. 200).

Será, sin embargo, Haya de la Torre⁷ el que con más decidido empeño sostendrá que Palma no representaba ni el colonialismo ni el orden que la República quería guardar. En carta dirigida a Julio Barcos en 1925 y publicada dos años después en *Por la emancipación de América Latina*, dirá lo siguiente:

A don Ricardo Palma, que tuvo gracia y certeza auténticas en sus pinturas coloniales y que, en mi modesto concepto, es el más grande ridiculizador de la época, porque, del virrey al paje, todo cae bajo su punzante ironía (1985, p. 66).

Y después:

6 Sin embargo, Riva Agüero no era ajeno a la debilidad de la clase social que dicho ambiente formaba: “Fatales fueron las consecuencias de este régimen, y hoy desgraciadamente la palpamos: habituó a la indolencia, anuló la actividad y el carácter; debilitó como un perfumado baño tibio” (p. 197).

7 La idea será recogida por Mariátegui en *El proceso a la literatura*. Años después, en nota anexa al *Carácter de la Literatura del Perú Independiente*, Riva Agüero contestará con acritud a ambos escritores: “Nuestros socialistas, como Mariátegui y Haya, en su impagable actitud de superioridad creen que hemos admirado y aplaudido a Palma, porque preferimos la sonrisa al maltrato tan prolongado. No necesitamos tales mercedes. Las razones de admiración a Palma son muy otras que las políticas y sociales. Que no lo juzguen todo cálculo porque no todos somos como ellos. La colonia puede tener, pasada aquella reacción del XIX y de los relajados o fanáticos del XX, apologías muy vigorosas y el escepticismo burlón de Palma, el cual además puede aplicarse a cualquier época y muy en especial a las presuntuosas y haitianas bufonadas de la nuestra” (p. 200, nota 84).

Personalmente, creo que Palma fue tradicionalista pero no un tradicionalista. Creo que Palma hundió la pluma en el pasado para luego blandirlo en alto y reírse de él. Ninguna institución u hombre de la colonia y aun de la República escapó a las mordeduras tantas veces certera de la ironía, el sarcasmo y siempre el ridículo de la jocosa crítica de Palma. Bien sabido es que el clero católico tuvo en la literatura de Palma un enemigo y que sus "tradiciones" son el horror de frailes y monjas (1985, p. 95).

Totalmente exultante, en expresión que Mariátegui consideró exagerada y fruto del entusiasmo de Haya:

Ni Palma ni Prada escaparon al ambiente y a la presión del jesuitismo dominante en las filas civilistas. Pero no importa. Nosotros hemos rescatado a Prada, arrancándolo de los *chauvinistas* del civilismo para entregárselo a la nación que es el pueblo. Lo mismo haremos con Palma, y he ahí una de la tarea de ustedes: arrancarle de la interpretación civilista, liberar su memoria de la maliciosa profanación del espíritu rebelde de su obra, y entregarlo también a la nación, que es el pueblo, al lado de Prada, como intelectuales revolucionarios precursores de nuestra causa presente (1985, p. 118).

Exagerada o no, en el *Proceso a la literatura*, Mariátegui, reparando en el escrito de Haya, indicará que una reflexión seria sobre la obra de Palma "descubre lo artificioso y lo convencional" de anexarlo con el género colonialista, al que reconstruía "con un realismo burlón y una fantasía irreverente y satírica" (1994, p. 110).

Años más tarde, acogiendo esa misma impresión, Sánchez lamentará que a Palma se le haya tratado de presentar como conservador "olvidando su liberalismo, su masonería; su adhesión al caudillo Piérola, símbolo del movimiento contra la plutocracia criolla; su irreverencia religiosa; su tradición que es algo diferente al chiste" (1981. T. II: p. 956).

Salazar Bondy, en cambio, es de otra opinión. En un libro lleno de amor por la ciudad, aunque se denomine *Lima, la horrible*, sostendrá que Palma "resultó enredado por su gracia" no obstante su filiación liberal y contribuyó, a fuerza del aroma adormecedor de salones y alcobas virreinales, a perpetuar la arcadia colonial, pese a su "inicial propósito satírico, ciertamente demoledor" (1964, pp. 12-13).

Más allá de esta polémica, lo cierto es que Palma fue un referente de la literatura peruana y, en su tiempo, de la americana. Lo sigue siendo en la actualidad: sus tradiciones son un deleite, una invitación a la sonrisa y una censura a nuestras debilidades. Tal es la genialidad de su pluma que algunos textos suyos, pienso, por ejemplo, en *Minucias históricas* y *El baile de la Victoria*, valen tanto o más que un tratado sobre historia del Perú que

quiera exponer los inicios de la República y la etapa de la consolidación. Así, en la primera de las tradiciones nombradas, Palma relata el episodio sucedido a Justo Figuerola, el 11 de agosto de 1844, cuando abrumado por la turba que pedía nuevo gobierno, le dice a su hija que tire la banda por el balcón (2001, p. 1728), y en *El baile de la Victoria*, esto es, en el homenaje ofrecido a Echenique el 15 de octubre de 1853, Palma expone “el derroche financiero que permitió a descamisados de la víspera ostentar en el baile un lujo deslumbrador e insultante” (2001, p. 1702).

2. Palma y el mundo del Derecho

Algunas de las tradiciones de Palma pueden ser abordadas desde una mirada jurídica. Un trabajo como este no pretende detallar de manera específica esos vínculos, pero sí hacer referencia a algunos textos.

Por ejemplo, en *Mujer y tigre*, se relata el asesinato de D. Carlos, realizado por Sebastiana, una especie de *Medea* colonial, quien narcotiza al antiguo seminarista, ahora casado, y luego de atarlo de manos y pies hace llamar al hijo de ambos para decirle lo siguiente:

Te quise cuando tu padre fue mi amante. Él me abandonó, burlando mi inocencia, y es esposo de otra mujer, que por él no ha hecho como yo el sacrificio de su honra. Tan vil proceder es el origen del odio que ahora te tengo, en fuerza del que quiero que mueras a presencia de este infame, de quien rechazo conservar prendas que le pertenezcan (2001, p. 154).

Luego, lo procede a matar; lo mismo hace con la hija de ambos; después, “dirigiéndole las más atroces injurias, principió a cortar miembro por miembro el cuerpo de D. Carlos”.

Justos y pecadores puede ser leído como un texto para confrontar las decisiones judiciales realizadas sobre la base de prejuicios. Allí, D. Martín es asesinado, luego de visitar a Transverberación, bajando las escaleras de la casa de maese Ibirijuitanga, tío de esta. En realidad, D. Martín había sido muerto por el hermano de Engracia de Toledo, a quien había burlado de amores, pero como Ibirijituanga era hombre “que daba tirria” y Transverberación, “una mujer descocada”, la justicia acabó con la vida de aquel y la encerró a ella. Solo años después, a la muerte en olor a santidad de D. Juan, el hermano de doña Engracia, se supo la verdad. Un pequeño pergamino enrollado encontrado entre las pertenencias de este decía así:

Yo, D. Juan Toledo, a quien todos hubisteis por santo, y que usé hábito penitencial, no por virtud sino por dañada malicia, declaro en la hora

suprema: que habrá poco menos de veinte años que, por agravios que me hizo D. Martín de Salazar en menoscabo de la honra que Dios me dio, le quité la vida a traición, y después que lo enterraron tuve medios de abrir su sepultura, comer a bocados su corazón, cortarle la cabeza, y habiéndole vuelto a enterrar me llevé su calavera, con la que he andado sin apartarla de mi presencia, en recuerdo de mi venganza y de mi agravio. ¡Así Dios le haya perdonado y perdonarme quiera! (2001, p. 191)

Predestinación es un claro tema de lo que ahora llamaríamos feminicidio. La tradición relata la historia de María, una actriz guayaquileña que recala en Lima en compañía de Rafael Cebada. Palma cuenta que los celos de Cebada “se alarmaron, hasta el punto de abofetear a la actriz en el vestuario una noche en que la vio recibir de manos del marqués de C. un precioso ramillete”. Entonces, María se liberó de su amante y se fue a vivir con Paca, bailarina, quien vivía en la mitad de la calle de las Mantas. El día de la fiesta de la porciúncula como Rafael Cebada se percatará de la presencia de Paca y no de María, fue a buscar a esta y como ella permanecía inalterable a sus ruegos y amenazas, exclamó: “Pues bien, María, si no has de pertenecerme, no quiero que ningún hombre llegue a poseer tu belleza”, y seis veces clavó su puñal (2001, p. 206)⁸.

En *Un pronóstico cumplido*, se trata del homicidio del virrey Conde de la Nieva por un asunto de malos amores. Lo importante aquí son los ocultamientos que hace la Audiencia para no dar a conocer a los responsables de la muerte por su notoriedad en la Lima de entonces; tan es así que traído como nuevo virrey el licenciado D. Lope García de Castro con “el especial encargo de formar el proceso al asesino y sus cómplices”, hubo de abstenerse de proseguir con las investigaciones, porque los vinculados “eran personajes ricos y de gran significación social” y era mejor que todo permaneciera tal cual por eso de “quédese esto quedo, que peor es meneallo” (2001, p. 257). Esa misma idea es la que se encuentra en *Los duendes del Cuzco, crónica que trata de cómo el virrey poeta entendía la justicia*. Aquí, un almirante ufano de su apellido y abusivo de su poder, luego de “darle una soberana paliza al sacerdote” es excomulgado por el párroco de San Jerónimo. Como quiera que el cura se encontraba convencido de que no iba a encontrar justicia en los hombres, dejó un memorial en la iglesia “exponiendo su queja y demandando la justicia de Dios”. Tres meses después, su demanda fue

8 El juicio de Cebada dio origen a una serie de pasquines en las fachadas del cabildo y palacio entre quienes lo defendían y quienes esperaban su condena. Unos decían: “Si una traición desvelada / contra inocencia dormida / en tiempo no es castigada, / muy lejos de arrepentida / siempre quedará ... cebada”. Mientras otros afirmaban: “La justicia desvelada / por la inocencia dormida, / no quiere sea castigada / la culpa si arrepentida / puede quedar no cebada” (p. 207).

atendida y, frente a su casa, se encontró ahorcado al excomulgado. A pesar de que las sospechas recayeron sobre el clérigo, este tenía su "coartada" y la gente del pueblo comenzó a decir que en la noche del crimen avistó algunos duendes y hechizos. Puesto todo a conocimiento del virrey, su secretario pidió echar una "mónita" para hallar la pista de los autores, a lo que el de Esquilache respondió:

Amigo mío, lo hecho está bien hecho: y mejor andaría el mundo si, en casos dados, no fuesen leguleyos trapisondistas y demás cuervos de Temis, sino duendes los que administrasen justicia" (2001, p. 298).

Otro pervertidor de lo judicial fue el juez de *Un juez enamorado*, quien, cegado de amores por Isabel, accedió a dar libertad a un amigo de esta de nombre Pedro Otárola. Como el juez olvidó el apellido, terminó dando libertad a todos los Pedros de la cárcel:

Y tres pícaros, por solo haber tenido la buena suerte de ser bautizados con el nombre del apóstol de las llaves, salieron a respirar la fresca brisa de la calle, gracias a que su señoría tuvo en poco rigor el de la justicia, y en mucho sus anhelos de galanteador. (Espasa Calpe. T. v, p. 14)

De otro lado, el caso de la monja alférez, Catalina Erauzo, es relatado en ¡*A iglesia me llamo!*, tradición en la que se describe la fuga de Antonio (como era conocido Catalina) para evitar ser ajusticiado. Lo curioso es que el asilado ingresó al templo de Santa Clara y tuvo que ser remitido, luego de la confesión respectiva, al convento de las abadesas, lo que ocasionó el murmullo general, porque, como dice Palma, eso "equivalía a guardar el lobo en el redil de ovejas" (2001, p. 539).

El debido proceso es tratado en *Traslado a Judas, cuento disparado de la tía Catita*. Allí, el Iscariote, perseguido por sus trapacerías por cuanto territorio había recorrido, llega a Galilea para ser admitido como discípulo de Jesús. Como no era posible atraparlo, Anás y Caifás se ponen en contacto con él para localizar al nazareno. Judas recibe las 30 monedas y Jesús es detenido. Como en Jerusalén la expresión general fue la de censura a su actitud, Judas pregunta a la muchedumbre si conocen de quién hablan y si han oído sus descargos. Al escuchar el no respectivo, Judas se presenta a sí mismo y el pueblo le corre traslado de las acusaciones para que se defienda (2001, p. 548).

Un vínculo conyugal resentido es el que se advierte en *El divorcio de la condesita*, tradición en la que se cuenta la historia de Marianita Belzunce, a quien se casó, un poco más allá de sus 13 años, con D. Juan Dábalos y Ribera, "que pasaba de sesenta octubres y que era más feo que una excomuniación".

Llegado el día del desposorio, la condesita le dijo a su marido que sería suya cuando tuviera lugar en su corazón, razón por la cual le pidió que hiciera méritos por un año para ver si el amor se podía criar. Sin embargo, un día antes de que se cumpliera el plazo fatídico, la condesita se puso en resguardo en la casa de su prima, la abadesa de Santa Clara. Lo que siguió fue asunto de abogados y papel sellado, “y la validez o nulidad del matrimonio no tenía cuándo declararse”, lo que ocasionó que aparecieran versos en contra del conde cuya gracia —las de los cuartetos y no las del empenachado— hace inevitable su transcripción:

Con una espada mohosa
y ya sin punta ni filo
estate, conde, tranquilo:
no pienses en otra cosa.

Toda tu arrogancia aborta
cuando la pones a prueba:
tu espada, como no es nueva,
conde, ni pincha ni corta (2001, Tomo II, 1012).

La muerte de D. Juan puso término al proceso y, probablemente, inició la felicidad de la condesa.

Un litigio curioso es resuelto en *Las justicias de Cirilo*. Allí, como dos personas compraron una vaca y, luego de ello, se les ocurrió que debían hacer la división del animal, recurrieron a D. Cirilo, porque el primero, calculando que mejor provecho sacaría de la parte delantera del animal, pidió para sí ese extremo, dejando para el otro la parte de atrás. Suscitado el litigio, Cirilo, cual renovado Salomón o como Sancho en la ínsula de Barataria o el Dux en *El Mercader de Venecia*, resolvió lo siguiente:

El documento es terminante y la solución clarísima [...]. El cuidado y gasto de la alimentación corresponde al dueño de la parte delantera, sin que nadie tenga derecho para inmiscuirse en si la vaca comió grano o hierba, y los provechos que son los mamones y la leche de que se elaboran las mantequillas y el queso, competen al otro dueño (2001, p. 1656).

Sabemos, además, por Palma que los abogados contamos con un santo —uno solo— en el cielo, llamado San Ibo, *El abogado de los abogados*, al que “la Iglesia nos pinta con un gato a los pies, como diciéndonos que al que en pleitos se mete, lo menos malo que puede sucederle es salir arañado” (2001, p. 1660).

En *Una sentencia primorosa*, donde Palma, burlándose de leguleyos y litigantes sin razón, cuenta la historia de un aragonés de apellido Landázuri

que querellaba por el solo hecho del juicio. Cuenta el tradicionista que, agotado de los extravíos de este personaje, D. Domingo del Oro y Portuondo resolvió una querrela en la que Landázuri denunciaba los picos de amor de una parejita de recién vecinos, con estas únicas palabras: "Váyase el recurrente al ... *demonio*". Palma advierte que no fue esa palabra la que se utilizó y asegura que, subido el pleito en apelación, la Real Audiencia del Cusco, conocida la conducta del litigante, confirmó el apelado, y con costas:

Y como a D. Fulano Landázuri, el litigante cócora, no le quedaba otro camino que el de recurrir al Consejo de Indias, y eso era gastadero de muchísima plata, tiempo y flema, se conformó con lo decidido por la Audiencia, satisfizo treinta reales vellón por costas, y (como ustedes lo oyen) sin más reconcomios, derechito, derechito, se fue al ... *demonio*.

3. Don Dimas de la Tijereta

Don Dimas de la Tijereta es una tradición que puede vincularse al campo del Derecho Civil. Trata del tema de los contratos. No es, por supuesto, el único caso en que la literatura de manera tan explícita se ha entregado con fantasía, humor y también en grado de desventura a circular por dichos predios. Es conocido por todos el tema de *El mercader de Venecia* y, en tono a lo que sucedió con don Dimas, el *Fausto* de Goethe.

Sin duda, se trata de obra de otro empaque y fuego, pero puesto a ver el tema de las obligaciones que surgen entre las partes en la obra de Goethe, solo para quedarse en el triángulo formado por el Señor, Mefistófeles y Fausto—dicho sea de paso, estudiante de filosofía, jurisprudencia, medicina y teología, y por si fuera poco magíster y doctor como el propio Goethe—, el Señor que se muestra orgulloso de Fausto no tiene el menor empacho para apostar con Mefistófeles que este pueda perder a su siervo. Una especie de obligación que, en términos del código civil, acaso debería solucionarse o por la vía del juego y de la apuesta no autorizados (1943 del Código Civil), es decir, no exigible, pero si se cancela sin lugar a repetición, o el del juego y la apuesta prohibidos (1944 del Código Civil) que no da lugar a pretensión alguna y hasta el pago es considerado nulo. Acaso lo de Job—hasta donde se sabe, la anterior apuesta entre Dios y el Diablo— debió resolverse de la misma manera.

El otro aspecto es la relación establecida entre un Fausto que descrece de todo y Mefistófeles. En el cuarto de estudio, aquel dice lo siguiente:

¿Tiene también sus leyes el infierno?
Está muy bien, entonces ¿se podrá
con vosotros, señores, hacer pactos? (2012, p. 64).

Leyes hay y formalidades también, al extremo de que Mefistófeles le exige a Fausto que el compromiso sea suscrito con unas líneas. En versos con los que se podría hablar de la formalización por escrito de los contratos, Fausto se duele de que no baste la palabra dada y accede a firmar con sangre. Como se sabe, Fausto quiere que Mefistófeles le conceda a Margarita: al hacerlo la perdición y el dolor la envuelven a esta, y Fausto debe ser condenado. Que el Señor lo salve al final no parece condecirse con los vínculos que emergen de un contrato.

Sin el dramatismo y la intensidad de la obra de Goethe y en tono sarcástico y burlón, en *Don Dimas de la Tijereta*, asistimos también al encuentro del demonio con un ser humano. No fue esa la única vez que Palma hizo intervenir a Satanás en sus tradiciones. Solo para hablar de dos casos más, en *El cigarrero de Huacho (cuento tradicional sobre unos amores que tuvo el diablo)*, un tal Dionisio, venido de Purgatorio, una frigidísima mina de Cajamarca, es confundido con el patudo, mientras que en *Dónde y cómo el diablo perdió el poncho, cuento disparatado*, Palma nos informa que a lca le debemos ese honor.

En todo caso, en *Don Dimas de la Tijereta*, no es el propio Satanás quien interviene directamente, sino un representante suyo, Lilit, “corredile de su Majestad Infernal”. Sin embargo, ya se sabe que los actos jurídicos celebrados por el representante recaen en el representado, de modo que en el contrato suscrito entre este y don Dimas de la Tijereta, las partes contratantes fueron el escribano y el demonio.

Los términos del acuerdo fueron los siguientes: “Conste que yo D. Dimas de la Tijereta cedo mi almilla al rey de los abismos en cambio del amor y posesión de una mujer. Ítem, me obligo a satisfacer la deuda desde la fecha en tres años” (2001, p. 143).

Un contrato, como se advierte, bastante pequeño, pero en el que aparecen las partes, la forma escrita y las prestaciones y las contraprestaciones que se deben realizar.

Lo que había ocurrido es que D. Dimas se había enamorado de la joven Visitación, de veinte años, “con un palmito y un donaire y un aquél capaces de tentar al mismísimo general de los padres bethlemitas” y como aquella no accedía a sus requiebros invocó a “un diablo cualquiera” para que se llevase su “almilla” a cambio del amor de la caprichosa criatura.

En efecto, al escuchar Satanás estas expresiones (que parece que el demonio, como Dios, todo lo oye) mandó a su emisario, no sin reparar que D. Dimas tenía tanto desprecio por su alma que le decía “almilla”.

Firmado el contrato, en un abrir y cerrar de ojos, Visitación cayó prendado de D. Dimas, pero como no hay plazo que no se cumpla, llegados los tres años, fue hora de cumplir con la contraprestación, por lo que Lilit regresó a la tierra y convocó a D. Dimas quien, para cumplir con lo suyo, se sacó el jubón que llevaba puesto y se lo entregó al demonio.

— Y ¿qué quiere usarced que haga con esta prenda?
— ¡Toma! Esa prenda se llama almilla, y eso es lo que yo he vendido y a lo que estoy obligado [...] Repase usarced, señor diabolín, el contrato, y si tiene conciencia se dará por bien pagado (2001, p. 144).

Evidentemente, esto no satisfizo a Lilit, quien lo transportó al infierno donde, luego del proceso respectivo, probó D. Dimas su derecho y fue devuelto a la tierra.

4. Algunas precisiones sobre los contratos

Como se ha mencionado en apartado anterior, no cuestionaremos el fin del contrato y aceptaremos de por sí la existencia, la validez y la eficacia de estos, tres categorías distintas que aluden a la presencia del acuerdo de voluntades, a una estructura acorde con el ordenamiento y a los efectos propios del programa diseñado por las partes. Tampoco vamos a discutir ni la juridicidad ni la patrimonialidad del contrato celebrado entre D. Dimas y el Demonio.

Sin embargo, que esa no sea nuestra intención no significa que no se tenga que realizar un breve *excursus* indispensable solo para fijar algunos contenidos.

4.1. Los contratos

Como Fausto, Don Dimas de la Tijereta suscribió un contrato con el Demonio. Conviene precisar que el contrato es una especie del acto jurídico; en esencia “un acto jurídico plurilateral y patrimonial. Es plurilateral ya que, a diferencia de los actos unilaterales, necesita el concurso de la manifestación de voluntad de varias partes para generar la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas” y es patrimonial porque lo pactado es posible de ser valorizado (indistintamente si es oneroso o gratuito) (De La Puente, 2017, p. 29). En buena cuenta, no todo acto jurídico es contrato (el testamento, el matrimonio, el reconocimiento de hijo), pero todo contrato necesariamente es acto jurídico, de lo que sigue que las normas que lo regulan también son las de estas.

Dado que todo contrato es un negocio jurídico, es necesario saber que ellos están integrados por presupuestos, elementos y requisitos.

Lo que antecede al negocio jurídico son los pre-supuestos. ¿Cuáles son esos antecedentes indispensables para la construcción del negocio? Sin duda, los sujetos y el objeto. (i) El sujeto es el "agente capaz" del que hablaba el derogado artículo 140 del código civil, o, como quiere el Decreto Legislativo 1384, el sujeto que tiene "plena capacidad de ejercicio". (ii) Cuando se habla del objeto el asunto se complica: o es, como quieren algunos, las relaciones jurídicas que produce el negocio jurídico, o, como quieren otros, el bien materia de la relación jurídica. En todo caso, de este objeto se ha dicho que debe ser lícito, posible y determinable.

Si el presupuesto es un *ex ante*, los elementos son parte constituyente del negocio jurídico. (i) La manifestación de la voluntad es el primero de ellos. Es manifestación de voluntad, no declaración de voluntad en tanto esta última se expresa de manera escrita o verbal, mientras que la primera también a través de un comportamiento concluyente. Una declaración, por tanto, es manifestación de voluntad expresa; un comportamiento concluyente, manifestación de voluntad tácita. (ii) De la causa se ha dicho que puede indicar el interés (móvil) de quien celebra el negocio jurídico (causa subjetiva) o ya la función económica y social del negocio bajo la estructura de la tipicidad (causa objetiva). (iii) En cuanto a la forma es la manera en que se exterioriza la voluntad.

Cada uno de los elementos y los presupuestos contiene determinados requisitos (Beltrán Pacheco & Campos García, 2009, pp. 198-211).

Desde una definición legislativa (y descriptiva), el contrato aparece en el artículo 1351 del Código Civil. La disposición nos permite saber que todo contrato se define por lo siguiente:

- (i) un acuerdo jurídico, es decir, un acto de voluntad plurisubjetivo que importa una coincidencia de voluntades;
- (ii) que existen dos o más partes, esto es, un "centro de interés homogéneo", que pueden ser naturales o naturales y jurídicas, o simplemente jurídicas que reglamentan sus intereses;
- (iii) que el contrato crea, regula, modifica y extingue obligaciones en tanto cumple una función económica⁹, constituye un acto finalista y satisface

9 Gabrielli introduce el concepto de "operación económica". En el prólogo a la edición peruana, Morales Hervías y León Hilario señalan lo siguiente: "Para el autor, la causa es la función económica individual (elemento de cohesión de los demás elementos constitutivos del contrato) que sirve para valorar en concreto el contrato en el plano del control del ordenamiento jurídico sobre su licitud y seleccionar los intereses relevantes y concretos en el plano de la administración y la distribución del riesgo ante sobrevinencias". Agregan que el concepto de operación económica permite valorar la organización de los

necesidades. Cuando crea, constituye una relación jurídica; cuando regula, interpreta un contrato y precisa sus alcances; cuando modifica, altera el contrato; y cuando extingue, hace cesar los efectos del contrato. Ronquillo considera que también transfiere relaciones jurídicas, lo que supone trasladar sus efectos jurídicos de una esfera jurídica a otra; aquí, a diferencia de la creación, hay situación jurídica subjetiva preexistente, como en el caso de la cesión de posición contractual o la cesión de derechos (2018, p. 16); y,

- (iv) finalmente, que tiene efecto jurídico patrimonial, lo que significa que cuando se carece de este no se está ante la figura del contrato.

4.2. La autonomía privada

El artículo 1354 del código civil informa que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato; por su parte, el artículo 14.2 de la Constitución del Estado refiere que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos. Tales dispositivos constituyen el marco por el que discurre la autonomía privada, es decir, ese poder de las partes para vincularse entre sí y para poder determinar el reglamento contractual que considere apropiado para la satisfacción de sus intereses.

Tal autonomía privada, sin embargo, tiene como límites el orden público y las buenas costumbres (artículo v del Código Civil), pero también se presentan límites del derecho a la regulación (contratos de adhesión) y del derecho a la elección, cuyos límites internos atañen a la afectación de la conciencia y la formación de voluntad del consumidor: prácticas comerciales coercitivas, actos de engaño y confusión al consumidor, actos de influencia indebida, actos con información incompleta. Además, los límites externos del derecho a la elección restringen la capacidad de optar o el aprovechamiento de una situación de dependencia, como en las prácticas monopólicas, actos de abuso de la posición de dominio, prácticas colusorias (Ronquillo, 2018, pp. 22-24).

4.3. La relatividad de los contratos

Los contratos —lo dice el artículo 1363 del Código Civil— solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo si el derecho no es transmisible¹⁰. Se trata del principio de relatividad de los contratos

intereses programados y se trata de una categoría relevante para la interpretación de los contratos” (2013, p. 18).

10 Ya por disposición de la ley (mandato, comodato, depósito), por la naturaleza de los derechos o por pacto.

mediante el cual se establece quiénes son los destinatarios de los efectos directos producidos por el contrato.

A esa eficacia directa se une la eficacia refleja del contrato, en el sentido de que los terceros deben respetar los derechos creados, regulados, modificados o extinguidos por quienes celebraron el contrato.

Para expresarlo en otros términos, el contrato vincula a las partes y estas pueden oponer a terceros los efectos del mismo.

Roppo (2001, p. 528) señala que de esta regla se extrae lo siguiente:

- a. El contrato no puede imponer obligaciones a terceros.
- b. El contrato no puede quitar derechos a terceros¹¹.
- c. El contrato no puede impedir a terceros adquirir derechos.
- d. El contrato no puede atribuir derechos a terceros.

4.4. La vinculatoriedad: el *pacta sunt servanda*

El artículo 1361 del código civil prescribe que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y el artículo 62 de la Constitución del Estado refiere que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Se trata del llamado *pacta sunt servanda*, esto es, del principio de vinculatoriedad de los contratos que importa la sujeción de las partes con respecto al contrato que han suscrito.

Hay que reparar que la norma no dice que el “contrato es ley entre las partes”, expresión que sí es utilizada en otros ordenamientos legales.

Del *pacta sunt servanda* se extrae que el vínculo no se disuelve ni se modifica por voluntad unilateral, ni se disuelve ni modifica por ley.

No obstante, se presentan excepciones:

- a. El desistimiento: una de las partes dispone la disolución del contrato. Se trata de derecho potestativo que surge del contrato (mutuo disenso, 1586, arras penitenciales) o por ley; en este último caso, por autotutela (1769, 1786 y 1833 del Código Civil), liberación (1365) o de protección (59 del código de protección y defensa del consumidor).
- b. Modificaciones judiciales, como, por ejemplo, en los casos de los artículos 1346 y 1440 del Código Civil¹².

11 Excepción la adquisición *a non domino* y las dobles enajenaciones.

12 Ronquillo (2018) desarrolla el tema de manera específica.

5. La interpretación de los contratos

5.1. La interpretación de las cláusulas contractuales

Una muestra clara de que la máxima *in claris non fit interpretario* es inexacta y parece resultar inaceptable en el mundo de los contratos es la tradición aquí presentada. El fallo, como se sabe, fue dictado en el infierno (lo que habla bien del comportamiento judicial de Satanás) y en él se discutió el significado del término “almilla”, que el Diablo entendió “alma” en sentido despectivo, mientras que para D. Dimas solo expresaba la vieja prenda utilizada en el siglo XVII.

Para ir en contra del demonio, padre de la mentira y la maldad, hay que tener argumentos bastante destacables para no caer ni en su encono ni en la injusticia, máxime si D. Dimas era “hombre que a fuerza de dar fe, se había quedado sin pizca de fe”, y escribano del que se habían apoderado los tres enemigos del alma y al que se podía recitar estos versos:

Un escribano y un gato
en un pozo cayeron,
como los dos tenían uñas
por la pared subieron (2001, p. 140).

Como es sabido, nuestro código civil ha establecido una serie de artículos para regular el fenómeno de la interpretación. Las reglas generales han sido consideradas en los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil, mientras que una disposición especial, referida a los contratos, se encuentra en el numeral 1362 del referido cuerpo legal. Disposiciones más específicas, y esta vez contra el estipulante, se hallan en los artículos 1390, 1382 y 1401 de dicho Código. Como se ha aceptado pacíficamente en el país, las normas interpretativas no son solamente máximas lógicas sugeridas por el legislador o meros consejos o directivas, sino normas legales que obligan al intérprete (las partes, los abogados, el juez).

¿Qué se pretende con la interpretación? Por lo pronto, darle un significado jurídicamente relevante del contrato, desde la búsqueda de la intención común de las partes (Bianca 2007, pp. 429-430).

Entiendo que la interpretación de una cláusula contractual es distinta de la interpretación legal, en principio, por los distintos vínculos que emergen de ellos¹³, pero no me parece irrazonable señalar (asimilando lo que dice Taruffo

13 En realidad, aun cuando se trata en cualquier caso de comprobar un significado (ya del contrato, ya de la ley), las dos operaciones son profundamente diferentes. La interpretación del contrato, en efecto, tiende a comprobar el contenido de un acto de

en *Páginas sobre la justicia civil*, refiriéndose a las disposiciones legales) que las cláusulas alcanzan su significado en la actividad interpretativa, más aún cuando “no están formuladas en términos precisos y rigurosos, sino que incluyen términos vagos, conceptos indeterminados o cláusulas generales” (2009, pp. 58-59). Reitero, Taruffo hace ese reparo en torno a la ley y no sobre los contratos, pero asumo que toda expresión —la de la ley, la del contrato, la de nuestro comportamiento— requiere interpretación. Ni en la ley ni en el contrato se “descubre” algo preexistente, porque no hay un “significado propio” de las palabras. Ellas tienen el significado que el intérprete les otorga. No hay, en principio, texto “claro” ni “oscuro”; solo después de la interpretación se puede saber eso. La claridad no es propiedad del texto, sino el fruto de la decisión interpretativa (Guastini, 1992, p. 19 y 2011, p. 133).

Se podrá advertir ello de los clásicos ejemplos de la prohibición del acceso a perros en determinados departamentos o la interdicción de no transitar con vehículos por los parques, se encuentran redactados en términos aparentemente claros, pero que, no obstante, de inmediato ocasionan el dilema de saber si es posible que ingrese otro tipo de animal (por ejemplo, un oso) o que discurran triciclos que, como se observa, también constituyen vehículos.

Es obvio que la interpretación no puede estar sujeta al mero arbitrio del intérprete, sino que debe ajustarse a determinadas reglas subjetivas, para las que importa investigar las declaraciones y los comportamientos recíprocos, u objetivas, que implican fijar el significado del contenido del contrato cuando es dudosa la común intención de las partes, y recurrir a prescripciones legales (conservación del acto, tipicidad, equidad) (Bianca, 2007, p. 427).

Como ha reparado Fernández Cruz, nuestro ordenamiento sigue una tendencia subjetiva y solo en casos específicos admite reglas de interpretación objetiva. Este autor, además, distingue entre reglas y concepciones; estas últimas, que también pueden ser subjetivas y objetivas, aluden a la labor interpretativa que se ciñe a aprehender la “común intención de las partes” desde la voluntad psicológica de las partes o desde las declaraciones y las conductas de las partes (2003, p. 733). Así las cosas, nuestras reglas de interpretación son subjetivas desde una concepción objetiva, que abandona todo hábito psicológico de la voluntad de las partes.

En plano de establecer un procedimiento interpretativo, Fernández Cruz ha diseñado unas reglas básicas que podrían ser aplicadas (como peldaños en ascenso), atendiendo a la dificultad de la interpretación. Entiende el

autonomía privada, según la intención de sus autores, mientras que la interpretación de la ley tiende a comprobar el contenido de una regla del ordenamiento, según su función social. La interpretación de la ley pone problemas como el de la constitucionalidad y de la efectividad que son extraños a la interpretación del negocio” (Bianca, 2007, p. 431).

profesor peruano que “existe un orden de prelación” desde la regla más importante a la menos indispensable, cuya regla básica es lo declarado y la común intención de las partes; luego, la aplicación de las reglas de la buena fe; enseguida, la interpretación sistemática y, finalmente, la interpretación funcional (2003, p. 735).

La estructura sería la siguiente:

Primera regla: interpretación de la voluntad declarada y la común intención de las partes (artículos 168 y 1362 del código civil).

Segunda regla: aplicación de las reglas de la buena fe (artículo 1362 del código civil).

Tercera regla: interpretación sistemática (artículo 169 del código civil).

Cuarta regla: interpretación funcional (artículo 170 del código civil)

La primera regla implicaría un examen del sentido literal de las estipulaciones, de lo declarado por las partes, pero también de la común intención de estos que, como ya se ha señalado, no supone la búsqueda de la voluntad interna (como quiere la teoría voluntarista del acto jurídico), sino del valor objetivo del contrato deducible de las declaraciones y los comportamientos (Fernández, 2003, pp. 738-753).

El segundo momento significaría tener en cuenta la buena fe, ese modelo de conducta ético social que tiene un aspecto negativo o de veto, en cuanto rechaza una conducta deshonesta, y otro positivo en cuanto impone una conducta de colaboración y que, en el caso de la interpretación, importa la valoración de usos sociales y atender el “prototipo de conducta social media” (Fernández, 2003, p. 775).

La tercera regla atañe a una interpretación sistemática en el entendido de que todo acto jurídico es un todo integral, una unidad indivisible.

Finalmente, debe promoverse una interpretación finalista, por lo que, si existen estipulaciones contradictorias, hay que armonizarlas, y si ello no fuera posible la cláusula accesorias deberá ser sacrificada para la conservación del acto jurídico, siempre teniendo en cuenta que los sujetos realizan actos jurídicos para que produzcan efectos y no para que no los produzcan, por lo que debe buscarse el fin económico y social perseguido por las partes.

5.2. La “almilla” de Don Dimas de la Tijereta

Cualquier interpretación, por lo menos en la fase preliminar, parte del texto. El contrato suscrito por Lilit, en representación de Satanás, y Don Dimas de la Tijereta decía lo siguiente: “Conste que yo D. Dimas de la Tijereta cedo mi

almilla al rey de los abismos en cambio del amor y posesión de una mujer. Ítem, me obligo a satisfacer la deuda desde la fecha en tres años" (2001, p. 143).

En la línea expresada por Fernández Cruz, el criterio prescrito en el artículo 168 del código civil tiene un claro tinte objetivista, desde que se "prioriza la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante" (2003, p. 738). Que esto sea así supone recurrir al texto mismo que se va a interpretar como límite de lo que debe ser interpretado, a la manera, por ejemplo, de la palabra 'manzana', que puede hacer referencia a una fruta, pero también a una cuadra, al pecado o a computadoras; empero, más allá de lo que se quiera decir, la expresión desde la que se parte es "manzana".

Hay que tener claro que la norma aludida contiene dos supuestos de hecho que Lohmann considera contienen dos mandatos: lo que debe ser materia de interpretación (la palabra "almilla") y la manera de hacerlo, que se logrará sobre la base de determinar la común intención de las partes, deducibles de las declaraciones y los comportamientos de estos. Por consiguiente, el artículo 168 del código civil no solo hace referencia a la interpretación literal, sino a una que también valora el comportamiento integral de las partes. Por eso, Betti señala lo siguiente:

Objeto de la interpretación [...] no es la voluntad interna, haya sido manifestada o bien quede sin expresión, sino la declaración o el comportamiento, encuadrados en el marco de circunstancias que les confiere significado y valor. En verdad, lo que cuenta no es tanto el tenor de las palabras o la materialidad del comportamiento, como la situación objetiva en la que aquéllas vienen pronunciadas o suscritas y éste es mantenido; aquel conjunto de circunstancias, podríamos decir, en el que la declaración y comportamiento encuentran su natural emplazamiento y donde adoptan, según la estimación de la conciencia social, su típico significado y relieve. (2000, p. 289)

Así las cosas, la interpretación que propone Don Dimas de la Tijereta (finalmente aceptada por Satanás) solo se ciñe a la mera literalidad del término "almilla", pero no se detiene a buscar "su típico significado y relieve".

Si el Maligno fuera un sastre, probablemente la interpretación sería distinta; sin embargo, no lo es. Es el tentador, el contendor de Dios, su gran adversario, el recogedor de almas para poblar el infierno. Solo de una interpretación limitada e inexacta se podía colegir de "almilla" el significado que finalmente se le otorgó. Es más, dado el pedido existente (la conquista amorosa), el plazo de la prestación y la propia invocación al demonio ¿era razonable que Don Dimas solo se vinculara para otorgar como pago un jubón viejo y usado? ¿El negocio del demonio es arrebatarse almas o la venta de ropa de segunda mano?

Si el Enemigo hubiera estado en el país hubiera podido invocar el segundo supuesto de hecho del artículo 168 del Código Civil, vinculado al numeral 1362 del mismo cuerpo legal: "Los contratos se negocian, se celebran y se ejecutan según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes". De tal expresión, surge la necesidad de examinar el comportamiento de las partes en todo el íter contractual (Fernández, 2003, p. 748).

En esa perspectiva, el comportamiento del Demonio tiene un único fin que se evidencia en las palabras que Palma registra: "Ve, Lilit, al cerro de las Ramas y extiende un contrato con un hombre que allí encontrarás y que abriga tanto desprecio por su **alma** que la llama **almilla**". Que pasados los tres años del contrato haya enviado otra vez a Lilit para el recojo del alma ratifica lo señalado.

Lo mismo puede decirse de Don Dimas: en un mundo vigorosamente católico, decide pactar con el Demonio, y no lo hace solicitando acrecimientos materiales, sino el amor de Visitación que, según Palma, a veces lo recibía canturriando:

No pierdas en mí balas,
carabino,
porque yo soy paloma
de mucho vuelo.
Si quieres que te quiera
me has de dar antes
aretes y sortijas
blondas y guantes (2001, p. 142).

A esos pedidos cedía Don Dimas, por lo que es inaceptable aceptar que con una mera "almilla" quisiera cancelar su prestación, cuando lo que gastaba era en "aretes y sortijas".

La segunda regla de interpretación señalada por Fernández alude a la buena fe. Hablar de ella, en el contexto de un cartulario embustero y trocatintas, y nada menos que del Demonio parece imposible, pero no lo es, en tanto que es irrelevante la conducta de las partes que no se encuentren vinculadas con el contrato, de lo que sigue que la buena fe que se examina es la que se desarrolló para realizar el negocio y que exige determinar el uso social (Fernández, 2003, p. 755).

No abundaremos en este tema, porque a ello hemos hecho referencia en párrafos anteriores.

Aunque Palma se cuida de dar todos los pormenores del contrato, lo que se sabe de él es que contiene, por lo menos, dos cláusulas: la primera, la entrega de la "almilla" por el amor y la posesión de Visitación; la segunda, el plazo de pago. Una interpretación sistemática impone contrastar la cláusula dudosa ("almilla") con la siguiente disposición. Si ello es así, la compulsas de

ambas cláusulas permite inferir que, salvo que la “almilla” estuviera hecha con hilos de oro, no es razonable concluir que por el amor de una mujer y, además —situación absolutamente grotesca y delincuencial— la “posesión” de ella se pudiera contemplar un pago como el que Don Dimas quiso efectuar.

Si se necesita seguir con otra regla interpretativa, la que nos ofrece el artículo 170 del Código Civil desembocaría en lo mismo. ¿Cuál fue el propósito práctico del contrato? Satisfacer la concupiscencia de un anciano que tenía la estampa de herejía. Para asunto tan grave y complicado, Don Dimas invocó nada menos que a un demonio cualquiera. Tal era su grado de desesperación que no tuvo reparo en ello; tal su intención de perderse que ignoró la paz divina y se entregó al regocijo momentáneo del cuerpo para dar su alma después, algo así, como dirá Palma tantas otras veces, como entregar a Dios los huesos mientras la carne se dio al Diablo. También, una interpretación finalista del contrato nos llevaría a concluir que fue la entrega del “alma” y no de la “almilla” la prestación que debió cumplir el viejo escribano.

6. Conclusiones

Siguiendo las tradiciones de Palma, es posible que el cielo no esté plagado de abogados y que, en cambio, estos abunden en el infierno. Por alguna razón que se me escapa, los letrados no quisieron asistir al Demonio en este disparatado encuentro con Don Dimas de la Tijereta, Quizá porque tienen una especialidad distinta de la del Derecho Civil o, de repente, porque los civilistas optaron por abstenerse, dado que el Diablo no paga. Lo cierto es que, si este hubiera estado asistido, ese proceso —el que dicho sea de paso se realizó con todas las garantías de ley— hubiera culminado con sentencia distinta. Sin duda, debe haber existido una mala defensa, pero también, dado que jueces —¿qué hacían en el infierno? — fueron los que le dieron la razón al escribano, es posible cuestionar su decisión que no tuvieron en cuenta los criterios de interpretación contractual que debieron haber conocido cuando andaban por este mundo.

Más lástima da el pobre Diablo que hasta cuando gana es un perdedor eterno. Fue expulsado del paraíso casi al inicio de los tiempos, no pudo perder a Job y cuando desvió de su camino a Fausto, el Señor rompió las reglas de juego. Su drama es tan intenso que ni siquiera pudo buscar abogado que pudiera defenderlo adecuadamente de las pretensiones de Don Dimas de la Tijereta. Da tanta pena que quizá, como quería Papini (1954, p. 20), se está pronto a pensar que se trata de “la criatura más horriblemente desdichada de toda la creación” y que algo hay que hacer (¿comprenderlo?, ¿no juzgarlo?, ¿tentarlo?) para que en su agonía infinita no sea objeto de las crueles burlas de la humanidad y pueda, al fin, encontrar su propia redención.

Referencias bibliográficas

- Beltrán Pacheco, J. A. & Campos García, H. A. (2009). *Breves apuntes sobre los Presupuestos y Elementos del Negocio Jurídico. Derecho & Sociedad*, (32), 198-211. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17426>
- Betti, E. (2000). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares S.L.
- Blanco Fombona, R. (1966). *Crítica de la obra de González Prada*. Lima: Fondo de Cultura Popular.
- De la Puente, M. (2017). *El contrato en general*. Tomo I. Lima: Palestra Editores.
- Fernández, G. (2003). *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano*. En: *Estudios sobre el contrato en general*. Lima: Ara editores.
- Gabrielli, E. (2013). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Jurista Editores EIRL.
- González Prada, M. (1912). *Nota informativa acerca de la Biblioteca Nacional*. Lima: Imprenta Arica.
- Guastini, R. (1992). *La interpretación*. En: *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México.
- Guastino, R. (2011). *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra editores.
- Haya de la Torre, V.R. Obras completas (1985). *Por la emancipación de América Latina*. Lima: Editorial Juan Mejía Baca.
- Kapsoli, W. (2018). *La correspondencia entre Ricardo Palma y Nicolás de Piérola*. En: *Aula Palma XVII*.
- Mariátegui, J.C. Obras completas (1994). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Empresa Editora de Amauta S.A.
- Palma, R. (1979). *Cartas a Piérola (sobre la ocupación chilena de Lima)*. Lima: Carlos Milla Batres.
- _____. (2001). *Tradiciones Peruanas*. Barcelona: Océano Grupo Editorial S.A.
- Papini, G. (1954). *El diablo*. Buenos Aires: Emecé editores S.A.

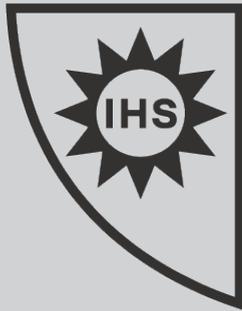
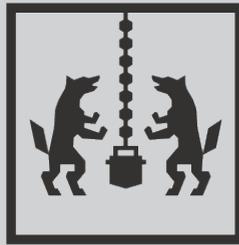
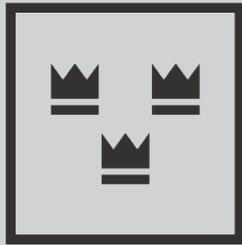
Riva Agüero, José de la (1962). *Carácter de la literatura del Perú independiente*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ronquillo, J. (2018). *La resolución de los contratos*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Roppo, V. (2001). *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Sánchez, L.A. (1981). *La Literatura Peruana. Derrotero para una historia cultural del Perú*. Tomo III (1981). Lima: Editorial Juan Mejía Baca.

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.



¿LIMITAR DERECHOS PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE OTROS?

Felipe Paredes San Román¹

Debo empezar agradeciendo la invitación de la UARM para escribir un artículo sobre los desafíos y los retos del Derecho desde mi experiencia como viceministro de Justicia, cargo que ejercí de agosto de 2020 a septiembre de 2021.

Indudablemente, este testimonio no puede desligarse de la pandemia generada por la COVID-19, en la medida que su irrupción dominó gran parte de las preocupaciones que se afrontaron desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y que determinó que, junto al equipo del que formé parte, procurásemos diseñar y ejecutar herramientas normativas eficaces para defender la vida, la integridad y la salud de las personas.

Sin embargo, la agenda del ministerio se extendió a iniciativas normativas que, confío, se retomen y se plasmen, al contener disposiciones que contribuirán a mejorar la vida en sociedad.

Hacinamiento, pruebas, visitas y vacunas en los penales²

La *primera ola* de la COVID-19 en el Perú provocó el lamentable fallecimiento de 446 internos y 46 servidores penitenciarios (Buendía, 2021, 28 de julio), de ahí que nuestra prioridad se centrara en abordar la situación penitenciaria por la que atravesaba el país.

Ciertamente, lo peor había pasado para la fecha en que asumí el cargo, pero la amenaza de una nueva arremetida del virus con el consiguiente impacto colateral en los penales constituía una *espada de Damocles* que se cernía sobre las cabezas de los internos y los agentes penitenciarios.

Un factor adicional que se sumaba a esta preocupación radicaba en el próximo vencimiento del plazo de tres meses dispuesto por el Tribunal

1 Docente de la Carrera Profesional de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

2 Como se sabe, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) está adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y, específicamente, el Viceministerio de Justicia está a cargo de su supervisión.

Constitucional (TC), en su sentencia del 26 de mayo de 2020, para lograr la aprobación de una nueva política pública en materia penitenciaria que contenga medidas para superar el hacinamiento existente, el mismo que, a inicios de la pandemia, se estimó en 145 % por parte de la Defensoría del Pueblo (2020).

No obstante que se trataba de una exhortación recaída en el marco de un proceso de *habeas corpus* correctivo³ promovido por un interno que denunció dormir en el suelo en un establecimiento penitenciario, entre otras condiciones de reclusión incompatibles con los parámetros exigidos en el plano nacional e internacional, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la asumió como una obligación, a fin de dotar al país de una hoja de ruta para revertir el hacinamiento penitenciario declarado por el TC como un estado de cosas inconstitucional.

En suma, teníamos que actuar en dos frentes: uno, de tipo operativo, que demandaba la implementación de acciones concretas que impidieran la propagación del virus en los penales; y otro, de carácter normativo, que aprobase un plan que se debía seguir para combatir los males estructurales que aquejan al sistema penitenciario.

En este último frente, debo señalar que la expedición del Decreto Supremo 011-2020-JUS, del 25 de septiembre de 2020, que aprobó la Política Nacional Penitenciaria al 2030, permitió dar cumplimiento a la mencionada exhortación del TC.

Dicha política consta de seis objetivos prioritarios. El primero de ellos es “reducir significativamente el hacinamiento penitenciario”, para lo cual deberá ejecutarse los siguientes lineamientos: racionalizar el uso de la prisión preventiva mediante herramientas normativas; establecer medidas de racionalización de penas e inclusión de atenuantes penales; fortalecer los mecanismos de acceso a beneficios penitenciarios; fortalecer el uso de medidas alternativas a la privación de la libertad como los grilletes electrónicos y otros; implementar la justicia de ejecución penal o los jueces de ejecución penal como una medida concreta; e implementar la justicia terapéutica para población con problemas de salud mental.

En la etapa de supervisión de este fallo, el TC ha establecido que, a los seis meses de notificada la resolución que consta a pie de página⁴, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos debe informar sobre los resultados obtenidos en deshacinamiento penitenciario, en aplicación del Plan Estratégico Multisectorial (PEM) de la política penitenciaria, instrumento que permitirá poner en práctica a la política.

3 Ver: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf>

4 Ver: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/05436-2014-HC%20CTResolucion3.pdf>

Si bien llama la atención que el TC haya emitido una disposición de carácter vinculante en una materia respecto de la cual anteriormente había formulado una exhortación, doy fe del compromiso del Sector Justicia y Derechos Humanos por disminuir el hacinamiento penitenciario aún existente, y así también concretar el distanciamiento físico que debe mediar entre los internos, lo que disminuirá la propagación del virus.

En cuanto al frente operativo al que aludimos precedentemente, se puede distinguir varias fases para frenar la expansión del virus en los penales. Tuvimos una primera etapa en la cual la tarea pasaba por conseguir las pruebas de descarte respectivas, aplicarlas a la población penitenciaria, aislar a las personas contagiadas —para lo cual se habilitaron espacios originalmente pensados para otros fines— y disponer su atención médica en los tópicos internos o en hospitales del Ministerio de Salud, preferentemente.

El liderazgo de la entonces ministra, Ana Neyra, fue decisivo. No vaciló en visitar los establecimientos penitenciarios y comprobar *in situ* que las pruebas se estaban tomando a los internos, lo que reafirmaba el mensaje de que estos solo tenían restringido su derecho a la libertad personal conforme al mandato judicial correspondiente, pues estaba vigente el ejercicio de sus demás derechos, como a la vida, a la salud y a la integridad.

El discurso impacta significativamente cuando va unido a la acción. Percibí que la población penitenciaria reconoció que el interés del Estado por su integridad era genuino y se allanó a tomarse las pruebas pertinentes, con lo que se completó el proceso de tamizaje.

Una segunda etapa se identifica con un repliegue del virus en el plano nacional y fue el momento propicio para extraer lecciones de la *primera ola*. Era indispensable contar con evidencia científica para enfrentar lo que se vendría.

Bajo la conducción de la presidenta del INPE, Susana Silva, se realizó un estudio de seroprevalencia en los penales que arrojó que el nivel de contagio en estos fue de 54 %, es decir, más del doble del sufrido extramuros, esto es 24 % (Buendía, 2021, 4 de abril). Era esperable un resultado como ese, pues el hacinamiento penitenciario dificulta poner en práctica el distanciamiento físico y la adecuada circulación de aire que se requiere.

En este estado de la cuestión, debe reconocerse que, paulatinamente, se logró reducir el hacinamiento en los penales, gracias a normas impulsadas por la gestión encabezada por el exministro Fernando Castañeda. Al 23 de agosto de 2021 (23.08.21), el hacinamiento es del 112 %, porcentaje aún elevado, pero que contrasta con el 145 % de inicios de pandemia.

La cesación de detenciones preventivas de procesados por delitos de mínima peligrosidad, alentada por el Decreto Legislativo 1513, y la conversión de la pena privativa de libertad para los sentenciados por omisión a la asistencia familiar que cumplieron con pagar tanto su deuda

con los familiares como la reparación civil impuesta, dispuesta por el Decreto Legislativo 1459, fueron las medidas que contribuyeron, en mayor proporción, a deshacinar los penales (seis mil internos, aproximadamente, egresaron solo por aplicación de estas dos normas, al 23.08.21).

Otras normas que se dictaron con miras al referido deshacinamiento ofrecen un espacio de mejora, pues los resultados todavía no son los esperados, como el Decreto Legislativo 1514 que permite la fijación de medidas de vigilancia electrónica personal en todo el país (y ya no solo en Lima y Callao, como ocurría según la anterior normativa) y sin costo para los internos (antes, ellos lo asumían), lo que se conoce como *grilletes electrónicos*; así como el Decreto Supremo 004-2020-JUS que flexibilizó los supuestos para la concesión de indultos comunes, indultos humanitarios y conmutación de penas.

La tercera etapa coincide con el inicio de la temida *segunda ola*. Como es de público conocimiento, sus efectos han sido devastadores para el país. Sin embargo, en el caso de los penales, el impacto revistió una menor gravedad. Al 23.08.21, se contaba, desde que aquella empezó, un lamentable saldo de 27 internos y 34 servidores penitenciarios fallecidos, cifras que, empero, reflejaban una reducción ostensible en el daño perpetrado por la pandemia. Las siguientes líneas pretenden explicar cómo se llegó a esa situación.

En un contexto de incertidumbre, agudizado por la escasez de vacunas, no quedaba otra opción para el Consejo Nacional Penitenciario del INPE que limitar el contacto de los internos con abogados y familiares que, involuntariamente, podían llevar el virus a los penales. Pese a que se trató de evitarlo, no hubo medida alternativa que ofreciese el mismo resultado y, a la luz de los resultados obtenidos, fue notoria su eficacia.

Comprensiblemente, hubo colegios de abogados que manifestaron su disconformidad con dicha disposición, pues se afectaba el derecho de defensa de los internos, pero pesó el hecho de que se trataba de una medida necesaria para preservar el derecho a la salud de sus patrocinados, y de carácter temporal. La disímil evolución de la pandemia permitió, con los altibajos propios de la época, reabrir los penales a los abogados defensores.

Otro colectivo que, naturalmente, protestó contra dicha disposición fue el de las asociaciones de familiares de los internos, pero no hubo marcha atrás: el Estado debía ser leal al rol de garante que le compete respecto de la población penitenciaria. Al momento de escribir esta entrega, el Ministerio de Salud y el INPE han anunciado la progresiva reanudación de las visitas familiares, condicionada al cumplimiento de un protocolo que se debía establecer (Andina, 2021, 29 de octubre).

Sin embargo, el Sector Justicia y Derechos Humanos no se quedó de brazos cruzados ante el legítimo reclamo de los internos que anhelaban volver a ver a sus familiares, y viceversa. Tocó las puertas de la cooperación

internacional⁵, entre otras fuentes, y logró agenciarse de computadoras portátiles para poner en funcionamiento el *Sistema Integrado de Visitas Virtuales* que permitió suplir la falta de contacto presencial entre el interno y sus familiares.

Esta iniciativa fue premiada por la organización no gubernamental *Ciudadanos al Día* (CAD), que otorgó al INPE el *Premio 2021 Buenas Prácticas en Gestión Pública* en la categoría Servicio de Atención al Ciudadano - subcategoría de Mejora de Canales, galardón que hizo justicia a este esfuerzo por contribuir decididamente a hacer realidad el principio de reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad, al que alude el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política.

A pesar de que era importante cerrar los penales a terceros para proteger la salud de las personas, esta medida no era suficiente, ya que era imperativo conseguir vacunas contra la COVID-19 para agentes e internos penitenciarios, labor que lucía extremadamente difícil en un inicio, pues, como país, no contábamos con la suficiente cantidad de dosis y, además, el parámetro que se usaba en la asignación de las vacunas respondía, principalmente, a la actividad en que se prestaba servicios.

Este escenario renovó los prejuicios en contra de quienes están involucrados en el ámbito penitenciario, los mismos que cruzan a toda la sociedad. A riesgo de simplificar ese razonamiento, temo que, para quienes lo hacen suyo, los internos no merecen ser vacunados.

Urgía entonces una labor de persuasión a todo nivel. En ese aspecto, los roles del exministro, Eduardo Vega, y de la presidenta del INPE, fueron fundamentales para sustentar la necesidad de la vacunación a los internos, ya que apelaban tanto a una posición principista de respeto a la dignidad de la persona humana —a la que siempre debe considerarse como un fin en sí misma y nunca como un medio—, como a una perspectiva eminentemente práctica, dado que, en una pandemia, el destino del prójimo puede ser el de uno mismo.

Debe reconocerse en este punto, también, a los titulares del Ministerio de Salud, quienes, siguiendo las disposiciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), incluyeron a la población privada de la libertad como una población especialmente vulnerable para estos efectos.

En un primer momento, se expidió la Resolución Ministerial 848-2020/ MINSAL del 20 de octubre de 2020, que aprobó el Plan Nacional de Vacunación contra la COVID-19. Allí, se determinaron tres fases de vacunación, condicionadas a la disponibilidad de vacunas. Por citar algunos ejemplos

5 Por citar un ejemplo, el Consulado General de Colombia, en diciembre de 2020, donó computadoras portátiles al INPE para que se empleen en la comunicación virtual de los internos.

de actores incluidos en la relación, recordaremos que, en la primera fase, se incluyó al personal de salud, al militar y al policial; mientras que, en la segunda, se consideró a los adultos mayores de 60 años y los servidores e internos penitenciarios; y en la tercera, a las personas de 18 a 59 años.

En medio de voces críticas por incluir a los internos en el plan de vacunación, debe relevarse la posición que tomaron importantes medios de comunicación, alguno de los cuales, en febrero de 2021, emitió un editorial a favor de la universalización de la vacunación, independientemente de cuestiones como nacionalidad o situación frente a la justicia (El Comercio, 2021, 11 de febrero).

Posteriormente, en lo que constituyó un ajuste que fue bienvenido por la opinión pública, se modificó el Plan Nacional de Vacunación, a fin de priorizar la vacunación de los adultos mayores de 60 años, quienes subieron de la segunda a la primera fase de vacunación, conforme se aprobó mediante la Resolución Ministerial 345-2021/MINSA del 7 de marzo de 2021, la misma que, por cierto, mantuvo a servidores e internos penitenciarios en la segunda fase.

Finalmente, se cambió de enfoque en la estrategia de la vacunación y se optó por privilegiar el rango etario —y ya no la condición de las personas— como criterios que se debían seguir para vacunar a las personas, lo cual se materializó con la Resolución Ministerial 488-2021/MINSA del 15 de abril de 2021.

Esta nueva estrategia introdujo un criterio absolutamente objetivo para la asignación de las vacunas. La metodología anterior se basaba en una discrecionalidad tal que podía generar decisiones injustas, y es que ¿cómo ignorar el pedido de servidores públicos cuyo trabajo pasa por tener contacto físico con la población, como el caso de los inspectores de la Sutran? Ahora basta con comprobar la edad del beneficiario.

Así, al momento de escribir este artículo, un 49 % de los 87 mil internos que aproximadamente ocupan los 68 penales existentes, cuentan con las dos dosis contra la COVID-19, y un 75 %, con una de ellas, en tanto que el 100 % de servidores penitenciarios ya están vacunados⁶.

Aunque la batalla contra la propagación de la COVID-19 en los penales está lejos de haber culminado, considero que los alentadores resultados obtenidos se derivan de una visión caracterizada por el respeto de los derechos humanos de los internos y el principio de eficiencia en la gestión gubernamental en quienes ejercieron y ejercen responsabilidades en materia penitenciaria.

6 Declaración de la presidenta del INPE en “Ampliación de Noticias”, programa de RPP, en la edición del 31 de octubre de 2021.

Tener a la persona como centro de las preocupaciones explica también la amplia receptividad que se tuvo frente a iniciativas de la población penitenciaria, cuya capacidad de organización interna constituye una razón adicional que explica la *performance* observada en los penales durante la *segunda ola*.

No puedo concluir este acápite sin referirme a la experiencia registrada en los centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación de adolescentes infractores de la ley penal (administrados por el Programa Nacional de Centros Juveniles —Pronacej—, que también se encuentran bajo la jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), ya que, al igual que en los establecimientos penitenciarios, viven en confinamiento.

Brevemente diré que, durante la *segunda ola*, no existe hacinamiento en la mayoría de dichos centros, en virtud del paquete de normas legales al que nos referimos anteriormente, y, asimismo, que no ha habido un solo deceso por la COVID-19 entre los adolescentes infractores que habitan esos centros. Sí debemos lamentar que, al 26 de agosto de 2021, habían fallecido seis servidores del Pronacej, de los cuales algunos trabajaban en forma remota.

Los Centros de Retención Temporal

Al 27 de enero de 2021, en plena *segunda ola*, la situación de la pandemia en el Perú era dramática. Según el Ministerio de Salud, ese día habían fallecido 212 personas y se habían contagiado 3117 personas en las últimas 24 horas, a nivel nacional (Ministerio de Salud, 2021).

La propagación del virus no cedía, pese a la vigencia de medidas de contención, ciertamente drásticas, como la inmovilización social obligatoria o “toque de queda”. Por entonces, estaba vigente el Decreto Supremo 002-2021-PCM que, entre otras medidas, disponía, en el marco del Estado de Emergencia vigente, que dicha inmovilización se tenía que acatar desde las 21 horas hasta las 4 horas del día siguiente.

Días antes, los entonces ministros del Interior y de Defensa supervisaron (Ministerio de Defensa, 2021, 23 de enero) el cumplimiento del “toque de queda” y demás disposiciones sanitarias en diversos puntos de Lima. Es previsible que, dadas las normas dictadas por el Poder Ejecutivo con posterioridad, los resultados de esa visita hayan sido desoladores.

No es secreto que la paciencia de la ciudadanía ante los rigores que imponían las medidas sanitarias en general y el “toque de queda” en particular se iban agotando, de ahí que eran frecuentes las manifestaciones crecientes de desobediencia, con el consiguiente riesgo de que no se mantuviese el distanciamiento físico esperado y se propagara el virus.

Fue así como, el citado 27 de enero de 2021, se publicó el Decreto Supremo 008-2021-PCM, en cuyo artículo 7º, que modificó el artículo 4.5 del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, se autorizaba a las fuerzas policiales y/o militares a conducir y retener —hasta por cuatro horas, en un espacio asignado por la municipalidad o la región— a quien infrinja las reglas sanitarias o la inmovilización social obligatoria, con fines de identificación y control sanitario.

De esta manera, se crearon los “centros de retención temporal”, en donde las personas que habían vulnerado las medidas sanitarias debían pasar por los exámenes de *triaje* y descarte del virus, practicados por personal del Ministerio de Salud, luego de lo cual cesaría la retención en caso de que los resultados fueran negativos.

La finalidad de la norma, como se desprende de su parte considerativa, era proteger el derecho a la vida y a la salud de las personas, pues buscaba apartar de la circulación a quienes exhibían un comportamiento negligente en cuanto se refiere a las reglas de prevención ante la COVID-19, y garantizar que los demás miembros de la comunidad no se contagien por causa de dicha conducta.

En el decreto, se precisó que, si se estaba ante un delito (“asuntos de relevancia penal”) y no ante una conducta de índole administrativa, se aplicaría la ley de la materia, ergo, ya no se conduciría al infractor a un centro de retención temporal, sino a una comisaría, porque, en puridad, estaríamos ante una detención en caso de flagrancia, y no ante una retención.

Evidentemente, no se trataba de una medida que el Gobierno haya aprobado con entusiasmo, pues restringía derechos, pero el estado de necesidad existente la justificaba, y en ese dilema prima el interés público.

Las críticas no tardaron en llegar. De hecho, no solo eran esperables en un país que ha soportado limitaciones de sus derechos fundamentales durante la pandemia en un grado intenso, sino que eran bienvenidas, ya que toda norma que constriñe derechos debe ser sometida a un exigente escrutinio público, y al Poder Ejecutivo le correspondía explicar sus alcances en el marco del Estado de Derecho, que impone a las autoridades el deber de motivar sus decisiones.

La Defensoría del Pueblo cuestionó la creación de los centros de retención temporal amparándose en que la restricción de derechos fundamentales, como la libertad personal, solo puede aprobarse mediante una norma con rango de ley, y en el supuesto bajo comentario la creación de los centros dependía de una norma de jerarquía infralegal, como es el decreto supremo. En tal sentido, hizo llegar una comunicación al Poder Ejecutivo en la que sugería que se adopten los correctivos necesarios.

Por su parte, un grupo de abogados presentó una demanda de acción popular⁷ para que se declare la inconstitucionalidad del mencionado artículo 7° del Decreto Supremo 008-2021-PCM y así se declare su invalidez, en la que insistían en el argumento de carácter formal al que se alude en el párrafo precedente y añadían que se habrían vulnerado los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su rol de asesor jurídico del Poder Ejecutivo, defendió⁸ la posición de que la creación de centros de retención temporal procedía mediante decreto supremo, en atención a que es en la propia Constitución (artículo 137°) donde se halla la autorización normativa que permite la suspensión en el ejercicio de derechos fundamentales durante un estado de emergencia, como ocurre con la libertad personal, por lo que el decreto supremo bajo comentario no hizo sino materializar el mandato constitucional. De ahí se sigue que, si la Constitución no hubiese regulado un supuesto similar, se habría tenido que recurrir a la expedición de una ley para restringir un derecho fundamental, pero ese no era el caso.

A su vez, el Poder Judicial declaró improcedente⁹ la acción popular presentada, al considerar que la pretensión no pasaba por controlar la potestad reglamentaria, que es el objeto de toda acción popular, sino por evaluar el ejercicio de las potestades constitucionales que asisten al Poder Ejecutivo para declarar un estado de emergencia. Esta decisión judicial no fue impugnada, por lo que se declaró consentida y se envió al archivo¹⁰.

Cabe señalar que se tiene conocimiento de que, en la legislatura anterior del Congreso de la República, se presentó el proyecto de ley N° 07045/2020-CR¹¹ que pretendía derogar el tantas veces mencionado artículo 7° del Decreto Supremo 008-2021-PCM, proyecto que presenta una motivación exigua, como podrá comprobarse en su exposición de motivos. De la revisión

7 https://www.egepud.edu.pe/admin/_uploads/archivos/DEMANDA%20CONSTITUCIONAL%20DE%20ACCI%C3%93N%20POPULAR%20-%20Benji%20Espinoza%20Ramos.pdf

8 Véase Oficio N° 123-2021-JUS/DM de 10 de marzo de 2021, que contiene la opinión del Minjusdh dirigida a la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la constitucionalidad de los centros de retención temporal, ante la comunicación de la Defensoría del Pueblo.

9 Véase Resolución N° 01, de 12 de febrero de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00019-2021-0, accesible por el sistema de Consulta de Expedientes Judiciales: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

10 Véase Resolución N° 02, de 6 de octubre de 2021, expedida por la Segunda Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00019-2021-0, accesible por el sistema de Consulta de Expedientes Judiciales: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

11 https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL07045-20210205.pdf

del portal institucional del Congreso, se aprecia que dicho proyecto no fue objeto de trámite en las Comisiones a las que se derivó para su estudio.

No se tiene conocimiento, más bien, de que el Congreso de la República haya ejercido su labor de control político de la norma bajo comentario, pues, como bien se sabe, el Poder Ejecutivo da cuenta al Congreso de los decretos supremos que aprueban o prorrogan los estados de emergencia, a fin de que este proceda a realizar el control respectivo, de juzgarlo necesario.

Por último, no debe pasar desapercibido que, desde el 1 de noviembre de 2021, rige el Decreto Supremo 167-2021-PCM, en función del cual la inmovilización social obligatoria para las provincias del país que se hallan en estado moderado (todas, excepto tres que están en estado alto) cubre el horario de 02:00 a 04:00 horas, por lo que, en la práctica, dicha inmovilización ha devenido en inexistente.

En todo caso, la presente reseña sobre la naturaleza jurídica de los centros de retención temporal, y las distintas perspectivas institucionales que se generaron, evidencia los desafíos que presentan los estados de excepción al Derecho Constitucional, estados que deben merecer regulación dentro de la Constitución, pues de lo contrario estaríamos ante lagunas que podrían ser llenadas por decisiones arbitrarias antes que por decisiones basadas en el Derecho.

Anteproyectos del Nuevo Código Procesal Civil y de la nueva Ley General de Sociedades

Una función relevante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es la de proponer la adecuación del marco normativo existente, a fin de que sintonice con la marcha de la vida en sociedad, y eso puede demandar la revisión integral de la regulación vigente de un determinado campo de las relaciones personales.

Para cumplir ese rol, los titulares del ministerio pueden embarcarse en proyectos nuevos, en armonía con la política general de gobierno, y/o concentrarse en culminar proyectos que han quedado interrumpidos por los cambios de gestión derivados de los vaivenes políticos, los que, previa revisión de que se condicen con los lineamientos de gobierno, se asumen como propios.

Las gestiones ministeriales que tuve el honor de acompañar se inclinaron por esta última estrategia. Influyó, sin duda, el reducido tiempo que restaba para que se complete el periodo presidencial, circunstancia que obligaba a tener la madurez necesaria para postergar aspiraciones de evaluar determinados códigos, y avocarse a cerrar emprendimientos iniciados con anterioridad.

A ello se sumaba una lógica institucional. El Poder Ejecutivo, en otros gobiernos, había conformado comisiones *ad honorem* integradas por destacados juristas con el objetivo de elevar una propuesta de nuevo Código o nueva Ley, respectivamente; comisiones que, luego de mucho esfuerzo, habían cumplido con entregar los productos encargados, cuya versión final no se había difundido, y menos aprobado, aun como proyecto de ley.

De los anteproyectos normativos en cartera¹², se priorizaron dos: el Código Procesal Civil y la Ley General de Sociedades, teniendo en cuenta que ambos instrumentos normativos inciden directamente en la reactivación económica, tan necesaria tras los efectos derivados de la pandemia, ya sea porque agilizarían los procesos judiciales de carácter civil, entre ellos la cobranza de deudas impagas, o porque facilitarían la marcha de los negocios. Adicionalmente, se ponderó la sugerencia formulada por el Banco Mundial en el estudio denominado *Doing Business en el Perú 2020* (Doing Business Subnacional, 2020) de introducir mejoras en ambas normas.

Debe tenerse presente que, para la actualización del Código Procesal Civil, la Comisión encargada fue constituida por el ministerio en el año 2016, y para la adecuación de la Ley General de Sociedades, debemos remontarnos al año 2014; es más, en este último caso, falleció quien fuera su presidente, el doctor Julio Salas Sánchez, el año 2019.

Sin embargo, como quiera que el trabajo realizado por ambas comisiones había finalizado en fecha anterior a la presencia de la COVID-19 en el país, se convino en efectuar las adaptaciones que resultaban necesarias, en vista del evidente impacto que dicho virus presenta en la naturaleza de las audiencias o las sesiones, sea en el marco de las controversias civiles, sea en el ámbito societario. Ello motivó que el peso asignado en ambos anteproyectos al componente virtual tuviese una mayor intensidad en su versión final.

El ministerio optó por su publicación en formato físico, en la convicción de que la reforma de un código debería estar precedida del suficiente debate, durante un plazo razonable, en la comunidad académica y a nivel de los operadores del Derecho.

Ello respondió a un compromiso con la sostenibilidad que debe exhibir el ordenamiento jurídico, en aras de preservar la seguridad jurídica. El hecho de precipitarse en la aprobación de modificaciones legislativas sin escuchar a la ciudadanía puede originar que, por una probable desprolijidad, se incurra en alguna inconstitucionalidad, que será declarada como tal por el Tribunal Constitucional, o que sea objeto de derogación por una nueva composición congresal que, tras un juicio de oportunidad, así lo juzgue conveniente.

12 Los otros anteproyectos versaban sobre el Código Civil, el Código Procesal Constitucional y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Por el contrario, la exposición de las iniciativas normativas en foros académicos sirve para enmendar las inconsistencias que se adviertan y también para que quienes las apliquen (jueces y abogados) se familiaricen con sus alcances, y para que las entidades encargadas (llámese Poder Judicial) tomen las previsiones necesarias, inclusive de índole logística, para que la vigencia del nuevo ordenamiento no genere trastornos innecesarios en los justiciables.

La opción escogida, esto es la publicación, no obsta para que el actual Gobierno, de así considerarlo oportuno, presente ambos textos al Congreso, en ejercicio de su atribución de iniciativa legislativa, para su deliberación y eventual aprobación; o para que solicite delegación de facultades legislativas, lo cual permitiría la aprobación integral de dichos anteproyectos.

Antes de referirme sucintamente a las principales características que exhibe cada anteproyecto, he de destacar que la publicación de ambos anteproyectos fue posible gracias a la Fundación Konrad Adenauer, colaboración que se extendió a la distribución gratuita de los ejemplares respectivos a los actores concernidos (facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas, cortes y fiscalías superiores, cámaras de comercio, entre otros), lo cual se realizó a nivel nacional. Demás está decir la valía del apoyo dispensado, especialmente en el contexto del estado de emergencia nacional vigente, en el que se ha suspendido el ejercicio, entre otros derechos fundamentales, de la libertad de tránsito.

El anteproyecto del nuevo Código Procesal Civil tiene como uno de sus ejes principales procurar la eficacia del Derecho. Una sentencia judicial no puede ser un papel mojado en tinta: tiene que cumplirse.

En ese sentido, no deja de sorprender que 1 487 770 de expedientes, según la presidenta del Poder Judicial, en los que se había dictado sentencia en última instancia, seguían pululando en el Poder Judicial a inicios del año 2021 sin haberse podido proceder a su ejecución definitiva en lo que pareciese ser la constatación de la famosa maldición gitana que reza: "pleitos tengas, y los ganes" (Pizarro, 2018). De hecho, la sorpresa es mayor si se repara en que esa cifra era mayor a los expedientes que se encuentran en curso, esto es, en los que aún no se había emitido sentencia definitiva (1 113 685 según la presidenta del Poder Judicial) (Vega, 2021).

Lo mismo acontece con las relaciones civiles y comerciales en las que la obligación de dar o de hacer está probada y, por ello, se acude a un proceso de ejecución. Las articulaciones procesales que presenta el deudor durante ese proceso, que en teoría debe ser ágil, logran dilatar el juicio por lapsos prolongados, y la deuda permanece impaga.

Por todo ello, el proceso de ejecución regulado en la sección séptima del anteproyecto (del artículo 624 al 781) contiene diversas propuestas de reforma, con el propósito de que se hagan efectivas las sentencias,

así como las obligaciones de dar y de hacer, vía la ejecución de *títulos extrajudiciales*.

Otro de los ejes sobre los que gira el anteproyecto es la oralidad. Se busca volver a la idea de estructurar el proceso sobre la base de las audiencias, y que sea en estas que el juez adopte las decisiones respectivas, lo que repercutirá positivamente en plazos más cortos.

La flexibilidad también distingue al anteproyecto bajo comentario. Un ejemplo de ello reside en las denominadas *convenciones procesales*, que son pactos entre las partes que, por ejemplo, permitirían abreviar los plazos establecidos en la norma, siempre que sean aprobadas por el juez de la causa.

Por otro lado, el anteproyecto de la Ley General de Sociedades postula que las sociedades de capital puedan formarse con una sola persona, y ya no sea, como se exige hasta ahora, indispensable contar con un mínimo de dos personas.

Más allá de que esta propuesta guarde coherencia con la legislación comparada¹³, el fundamento principal de la sociedad unipersonal radica en que esta se caracteriza por el patrimonio autónomo que representa respecto de su promotor (y no por la pluralidad de sus integrantes), de ahí que el promotor no esté obligado a responder con su patrimonio por las actividades de la sociedad.

Adicionalmente, acoger esta propuesta permitiría sincerar la realidad existente. Dado que la normativa actual exige el concurso de dos personas para formar una sociedad, se conocen casos en los que el segundo socio es alguien que presta su nombre para satisfacer una formalidad, pues el primer socio es quien realmente aporta el capital de la empresa. Esas ficciones pueden esconder irregularidades que es menester evitar.

Otra novedad que trae este anteproyecto es que permite que la sociedad adopte objetos sociales indeterminados y supere la prohibición establecida en la actual ley.

Quizá la realidad vivida a raíz de las medidas dispuestas por la pandemia sea la mejor prueba de la conveniencia de esta propuesta. Como se recordará, el gobierno restringió, por razones sanitarias, el funcionamiento de determinadas actividades, especialmente de aquellas que implican la aglomeración de personas.

Pues bien, la rigidez de la actual ley, que impele a la sociedad contar con un objeto social determinado, le dificulta la opción de reinventarse para sobrevivir en el mercado tras un suceso que excede su voluntad, pues la

13 Ver la exposición de motivos del anteproyecto en ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Fundación Konrad Adenauer. Primera edición, 2021, p. 261.

fuerza de las cosas le impide desenvolverse en el giro de negocio al que se había comprometido originalmente en el pacto social. Contar con un objeto social abierto, como se propone en el anteproyecto, le daría la elasticidad suficiente como para afrontar situaciones de crisis. Dicho esto, ello no será posible si es que una ley especial establece que el objeto social debe detallarse.

Finalmente, debe destacarse el acento que pone el anteproyecto en la transparencia de la sociedad mediante disposiciones que inciden en la protección de los accionistas minoritarios, la mejora en la regulación de la responsabilidad de los directores de la sociedad, entre otras.

Conclusiones

Sobre materia penitenciaria:

El principio-derecho a la dignidad de las personas exige que las autoridades concernidas agoten los esfuerzos que sean necesarios para proteger la vida, la integridad y la salud de los internos y los servidores penitenciarios.

En ese sentido, debe resaltarse el compromiso del Sector Justicia y Derechos Humanos por tratar de revertir el hacinamiento en los penales dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal Constitucional que lo declaró un estado de cosas inconstitucional.

Igualmente, cabe destacar que las restricciones dictadas respecto del contacto físico de los internos con terceros, sumado al tamizaje realizado, explica por qué el impacto de la pandemia en los penales durante la *segunda ola* no revistió tanta gravedad como en la *primera*.

La implementación del sistema de visitas virtuales en los establecimientos penitenciarios, que permitió reencontrarse a los internos con sus familiares, constituyó una medida congruente con el principio de resocialización del interno.

Finalmente, un cierto nivel de consenso al que se ha arribado sobre la universalización del proceso de vacunación sustenta los importantes avances registrados en la vacunación de internos, y el término de ese proceso en cuanto a los servidores.

Sobre los centros de retención temporal:

La retención de infractores a medidas sanitarias en centros *ad hoc*, hasta por cuatro horas, para fines de identificación y control, constituyó una limitación razonable al derecho a la libertad, en tanto buscó optimizar los derechos a la vida y la salud de terceros.

Puesto que la Constitución autoriza la suspensión de derechos fundamentales durante la vigencia de un estado de emergencia, la creación de los centros de retención temporal procedía por decreto supremo, y no era necesario que se expida una ley.

Sobre los anteproyectos:

El anteproyecto del nuevo Código Procesal Civil representa una alternativa sugerente para solucionar el grave problema de la falta de ejecución de sentencias judiciales, así como para facilitar que los acreedores cobren sus deudas, todo ello bajo un proceso que privilegie la oralidad y la flexibilidad.

Por su parte, el anteproyecto de la nueva Ley General de Sociedad contribuiría a la reactivación del país con el funcionamiento de sociedades unipersonales, y con la vigencia de un objeto social indeterminado para todas las sociedades.

A modo de cierre, considero que un desafío del Derecho consiste en discernir adecuadamente cuándo no le queda más remedio al legislador que limitar derechos constitucionales para mejorar la protección de otros, y en ese sentido, el estado de emergencia nos ha confrontado con supuestos, algunos de los cuales hemos analizado.

Referencias bibliográficas

- Andina (2021, 29 de octubre). "Minsa e INPE trabajan protocolo para reanudar visitas familiares a población penitenciaria". <https://andina.pe/agencia/noticia-minsa-e-inpe-trabajan-protocolo-para-reanudar-visitas-familiares-a-poblacion-penitenciaria-867505.aspx>
- Buendía, P. (2021, 4 de abril). "Índice de contagios del covid-19 en los paneles está controlado". En: El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/118198-indice-de-contagios-del-covid-19-en-los-penales-esta-controlado>
- Buendía, P. (2021, 28 de julio). "Inpe: Debe cambiar la visión de la política frente al crimen". En: El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/125547-inpe-debe-cambiar-la-vision-de-la-politica-frente-al-crimen>
- Defensoría del Pueblo (2020). Serie de Informes Especiales N° 008-2020-DP. <https://www.defensoria.gob.pe/informes/serie-informes-especiales-n-008-2020-dp/>

- Doing Business Subnacional (2020). *Doing Business en el Perú 2020*. <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/subnational-reports/peru>
- El Comercio (2021, 11 de febrero). Editorial: Vacuna para todos. <https://elcomercio.pe/opinion/editorial/reos-migrantes-venezolanos-editorial-vacuna-para-todos-vacuna-contra-el-coronavirus-noticia/?ref=ecr>
- Ministerio de Defensa (2021, 23 de enero). Ministra de Defensa y ministro del Interior supervisaron el cumplimiento del toque de queda. <https://www.gob.pe/institucion/mindef/noticias/326114-ministra-de-defensa-y-ministro-del-interior-supervisaron-el-cumplimiento-del-toque-de-queda>
- Ministerio de Salud [@Minsa_Peru]. (28 de enero de 2021). *ACTUALIZACIÓN Esta es la situación del #COVID19 en Perú hasta las 22:00 horas del 27 de enero. #PerúEstáEnNuestrasManos* [Tweet]. Twitter. https://twitter.com/minsa_peru/status/1354999972941484033
- Pizarro, D. (2018). Pleitos tengas... <https://elfarodeceuta.es/pleitos-tengas-daniel-pizarro/>
- Vega, E. (2021, 22 de junio). Hacia la reforma del proceso civil, por Eduardo Vega Luna. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/sistema-de-justicia-hacia-la-reforma-del-proceso-civil-por-eduardo-vega-luna-noticia/>

LAS TASAS DE INTERÉS Y LA INCLUSIÓN FINANCIERA

Mg. Gloria María Arméstar Bruno¹

I. Introducción

El Código Civil de 1984 regula los intereses en el Libro VI denominado “Las Obligaciones”, que son el nexo de dos ciencias sociales: la Economía y el Derecho. Por ello, podemos afirmar que los intereses tienen fundamento económico y no solo jurídico.

Actualmente, existe un régimen mixto de regulación de las tasas de interés que lo encontramos en el artículo N°1243° del Código Civil, es decir, el régimen aplicable a actores ajenos al sistema financiero a quienes se le asignan las tasas máximas que fija el Banco Central de Reserva del Perú; y el régimen regulado por la libre competencia en la fijación de tasas para las operaciones contraídas por agentes que sí están dentro del sistema financiero.

El estudio de las tasas de interés debe abarcar no solo el punto de vista legal, es decir, lo señalado en el Código Civil y en la Constitución Política del Perú, los cuales nos dan una visión unidimensional de este fenómeno. Por el contrario, se debe dar un enfoque que considere el aspecto económico dado por instituciones como el Banco Central de Reserva del Perú —en adelante BCRP— Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondo de Pensiones —en adelante SBS—, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —en adelante Indecopi— a fin de tener una visión integral de este que incluya el desarrollo de la libre competencia y las tecnologías disruptivas para lograr que las tasas de interés alcancen el mayor grado de eficiencia social.

Las tasas de interés representan un factor relevante en el curso del desarrollo de la economía de un país, por lo que el hecho de dejar que sea la libre competencia la que fije las tasas de interés no suprime al Estado de su participación para garantizar la competitividad y la transparencia del mercado financiero, a través de organismos constitucionales como el BCRP, la SBS y del regulador del mercado Indecopi.

1 Jefa de la carrera profesional de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

En la actualidad, ya no existe diferencia entre los actores ajenos al mercado financiero y aquellos que sí usan el mercado financiero en relación con la aplicación de las tasas máximas de interés en operaciones activas o pasivas por cuanto ambos regulan sus operaciones sobre la base de la libre competencia dentro de la economía social de mercado reconocida en la Constitución Política del Perú. Asimismo, ya no podemos afirmar que el BCRP será el que fije la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio de los agentes ajenos al sistema financiero, ya que estos se regulan por la libre competencia y hacen uso de las tecnologías disruptivas, es decir, utilizan innovaciones tecnológicas como el e-banking o la banca electrónica, al igual que los agentes que sí usan el sistema financiero. De allí que el artículo 1243° del Código Civil devenga en obsoleto y deba ser redefinido para que las tasas de interés cumplan el rol de eficiencia social y permitan el desarrollo del país a través de la inclusión financiera y no discriminación de las personas.

II. Las tasas de interés en el Código Civil

El artículo 1243° del Código Civil señala que estamos dentro de un régimen dual de regulación de las tasas de interés. Este artículo se interpreta con lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú aprobado por Decreto Ley N° 26123 (30.12.1992) y en el artículo 52 modificado por la Ley N° 31143 publicada el 18 de marzo de 2021. Asimismo, debe relacionarse con el artículo 9 del texto concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP Ley N° 26702 promulgada el 09 de diciembre de 1996 y sus modificatorias contenidas en la Ley N° 31143. La Ley N° 31143, denominada “Ley que protege de la usura a los consumidores de los servicios financieros”, establece que las tasas de interés activas que cobran las empresas del sistema financiero para créditos de consumo, créditos de consumo de bajo monto (menor o igual a 2 UIT) y crédito para pequeña y microempresa, se determinarán libremente dentro del límite establecido por el BCRP. Si se cobran tasas por encima de este límite se consideran delito de usura de acuerdo con el Código Penal. Esta ley establece topes a las tasas de interés cobradas por las entidades del sistema financiero. Por consiguiente, el BCRP está facultado para establecer los límites de las tasas de interés moratorio y compensatorio. Las tasas máximas y mínimas podrán ser fijadas de manera semestral y dicha competencia no podrá ser delegada a otra entidad.

Asimismo, esta Ley N° 31143 señala que, en caso de incumplimiento o atraso en el pago del crédito, únicamente será aplicable el interés moratorio, y

quedarán prohibidos la capitalización de intereses y el cobro de penalidades u otras comisiones o gastos. Las tasas de interés moratorio serán las mismas que el BCR establezca para las operaciones ajenas al sistema financiero.

En el marco de lo dispuesto por la Ley N° 31143, la circular N° 0008-2021-BCRP de fecha 28 de abril de 2021 (vigente desde el 10 de mayo de 2021) y la circular N° 0010-2021-BCRP de fecha 08 de mayo de 2021, el Banco Central de Reserva del Perú estableció las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones de las empresas del sistema financiero en sus carteras de créditos de consumo, créditos de consumo de bajo monto (igual o menor a dos Unidades Impositivas Tributarias) y créditos para las pequeñas y microempresas, así como las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones entre personas ajenas al sistema financiero.

Esta circular que modifica los topes a las tasas de interés no es el mecanismo más apropiado para mejorar las condiciones financieras del crédito. Lo que deben buscar las normas es generar mayor competencia entre los agentes a través de las nuevas tecnologías aplicadas a la industria financiera como es el desarrollo de la banca virtual y las *fintechs*.

Frente a esta normativa, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP considera a la inclusión financiera como un objetivo prioritario que se debe desarrollar no solo en el entorno de la regulación y la supervisión, sino también en el ámbito de la conducta de mercado y la educación financiera. Son ejemplos de estas acciones la definición de un marco de regulación y supervisión adecuado para el desarrollo sostenido del sector de las microfinanzas, el diseño de un marco de regulación robusto para la protección del usuario financiero, la creación de incentivos para el uso de canales de atención de bajo costo y el diseño de un marco legal regulatorio adecuado para el desarrollo de productos basados en dinero electrónico. Asimismo, los esfuerzos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP continúan para mejorar la transparencia de la información y la educación financiera.

En estudios realizados por la SBS y la ASBANC (Asociación de Bancos del Perú) encontramos que existe un gran sector de la población (los más pobres) que se encuentra fuera del sistema financiero y no hace uso de él. Es este segmento de población el que busca canales de financiamiento fuera del sistema financiero. Ante esta situación de exclusión, aparecen las *fintech* que buscan relacionar a ofertantes de dinero con aquellos que necesitan dinero, dentro de la economía social de mercado, donde las partes generan sus propias reglas de juego para cumplir con las obligaciones producidas en el vínculo contractual que están creando.

Esta relación contractual surge por el uso de las tecnologías disruptivas, porque el sector rural ha crecido en el uso de celulares, internet, es decir, la

nueva tecnología acerca a ofertantes y demandantes de dinero y de otros servicios financieros, los mismos que no son atendidos por las instituciones bancarias y financieras.

III. Tecnología disruptiva, libre mercado y tasas de interés

La influencia de las tecnologías disruptivas en el mercado busca cubrir necesidades de aquellos agentes que se encuentran ajenos al sistema financiero, como pequeños empresarios y los que tienen dificultad de acceder a crédito y servicios bancarios, muchos de ellos del sector rural.

De otra parte, el sector financiero se ha visto influenciado por el desarrollo del internet que ha dado origen al e-banking, es decir, la actividad bancaria electrónica en la que el cliente ya no tiene que visitar la institución financiera para realizar movimientos de dinero, sino que sus transacciones bancarias las puede realizar a través de cajeros automáticos, celular móvil, y banca por internet. Es así como aparecen la banca móvil y, últimamente como nuevos productos financieros, las *fintech* que ofrecen los mismos servicios financieros tradicionales, pero *online*. Por *fintech* entendemos la unión de tecnología y finanzas con el objetivo de crear servicios financieros fáciles de contratar, con precio estandarizado, que permiten el acceso a mayor número de personas y empresas, tanto inversores como prestatarios.

El uso de cajeros corresponsales permite la bancarización, es decir, acercar servicios financieros a los lugares más alejados del país donde no solo encontramos personas de bajos ingresos, sino nula existencia de agencias bancarias. Esto ha llevado también al surgimiento del dinero electrónico, el cual se ha convertido en vehículo de ingreso de sectores que hasta la fecha se han encontrado marginados del sistema financiero y les ha permitido realizar transacciones formales como pagos y transferencias. Un ejemplo de ello han sido los créditos que ha entregado el Estado a través del Programa Reactiva Perú para paliar los efectos económicos de la pandemia.

La influencia de las tecnologías disruptivas en el mercado es muy notoria a nivel del sistema financiero en el mundo. El desarrollo de la industria financiera a escala mundial se ha visto influenciado por las nuevas tecnologías en el ámbito de las telecomunicaciones y la información, que mejoran y hacen más eficientes los procesos en este sector.

El uso de las tecnologías disruptivas en el sistema financiero permite romper la brecha que existe entre los excluidos del sistema financiero y los que sí pueden utilizarlo.

Esta revolución tecnológica permite que el segmento excluido se integre al sistema financiero y rompa el esquema mixto que existe en el artículo 1243° del Código Civil que diferencia operaciones financieras si es que se

realizan dentro o fuera del sistema bancario y los intereses que se cobran. Son justamente estas relaciones financieras con uso de la tecnología las que se regulan por la libre competencia, que permiten la inclusión financiera y reducen la pobreza.

En esta época de pandemia, hemos sido testigos del incremento por parte de los consumidores financieros del uso de canales de atención virtuales para realizar diversas operaciones comerciales solamente utilizando dinero electrónico sin salir de sus casas. Es importante mencionar las novedades del Decreto de Urgencia N° 013-2020 por cuanto la SBS tiene la facultad a través de reglamentos de establecer los límites que considere a las emisiones de dinero electrónico; de esta manera, fomenta el uso del dinero electrónico. Esto refleja que la disminución de operaciones en ventanilla sea una tendencia en los próximos años.

En este sentido, las entidades bancarias están desarrollando diversas plataformas tecnológicas que permiten a los usuarios financieros realizar operaciones *online* que ahorran tiempo al ofrecer transacciones seguras y confiables, muchas de las cuales se dan a través de canales no convencionales, como el celular, *Facebook* o *WhatsApp*.

Dentro de estos cambios que traen las tecnologías disruptivas el ente regulador de la moneda y el crédito no puede ser ajeno. Por el contrario, su presencia es necesaria para desarrollar un adecuado marco regulatorio que permita su uso óptimo dentro del mercado financiero. La tendencia es buscar ecosistemas para el desarrollo de pagos electrónicos. De esa manera, se acercarán más los servicios de pagos a la población, apoyando con ello una mayor inclusión financiera en el país.

Actualmente, vemos el crecimiento de un sector amplio de *startups* que se encuentran fuera del sistema financiero por cuanto son pequeños emprendimientos que están buscando financiamiento para poner en marcha sus ideas de negocio y no lo consiguen; sin embargo, tienen acceso a las nuevas tecnologías. Este segmento es captado por las *Fintech*. Esta realidad evidencia que la distancia entre aquellos que están usando el sistema financiero y los que no lo hacen es más corta, producto de la libre competencia y las tecnologías disruptivas. Este avance tiene efectos en el Derecho, especialmente en las tasas de interés, ya que los costos de transacción se reducen y superan lo establecido en el artículo 1243° del Código Civil.

De este modo, las normas existentes se perciben anticuadas, ya que no reflejan estos nuevos modelos de negocios. Frecuentemente, estas normas son rígidas, prescriptivas y demasiado lentas para responder a los avances tecnológicos y a las innovaciones disruptivas (como las que se ven en la economía colaborativa), y no protegen al público ni a las empresas establecidas. Es decir, la legislación tiene que modernizarse y no ser un

obstáculo para el desarrollo del país. Habrá entonces que reformular y repensar cómo adecuar la legislación a los nuevos cambios tecnológicos, sobre todo dentro de una economía social de mercado. La evolución de las tecnologías disruptivas ha redefinido lo establecido en el artículo 1243° del Código Civil, que ha devenido en obsoleto.

En la actualidad, ya no existe diferencia entre los actores ajenos al mercado financiero y aquellos que sí usan el mercado financiero en relación con la aplicación de límites a las tasas de interés en operaciones activas o pasivas por cuanto ambos regulan sus operaciones sobre la base de la libre competencia dentro de la economía social de mercado reconocida en la Constitución Política del Perú. El artículo 1243° del Código Civil debe brindar un marco de referencia sobre la liberalización de las tasas de interés aplicadas a los actores ajenos al mercado financiero quienes están involucrados con el e-banking como consecuencia del impacto de la tecnología en el Derecho. También, este artículo debe considerar a los agentes que sí usan el mercado financiero, quienes realizan operaciones dentro del ámbito de la liberalización de las tasas de interés. En ambos supuestos, se debe proteger al consumidor financiero y evitar la asimetría informativa en su propio perjuicio. Asimismo, el uso de las nuevas tecnologías lleva a la aparición de riesgos como posibles delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos cibernéticos. De allí la preocupación de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, del Banco Central de Reserva del Perú, y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por crear mecanismos de regulación a través de una labor coordinada interinstitucional para que la política pública de protección del consumidor se complemente con la educación del consumidor financiero.

La legislación en tasas de interés tiene que modernizarse. No podemos negar que las innovaciones tecnológicas y la economía social de mercado, entendida como un sistema de libertades económicas dentro de las que se encuentra la libre competencia, busca llegar al equilibrio social.

Son las tasas de interés las que sienten los efectos de las tecnologías disruptivas y de la libre competencia. Bajo su influencia generan el ambiente adecuado para que las tasas de interés alcancen el mayor nivel de eficiencia social, lo cual no se percibe con lo regulado en el artículo 1243° del Código Civil y la legislación complementaria.

La tecnología ha llegado a los bancos y han aparecido nuevos negocios que revolucionan las operaciones del sistema financiero, así como también nuevos riesgos.

Por ello, debe modernizarse la legislación, ser flexible a los cambios tecnológicos, porque la tecnología sigue avanzando y son las nuevas generaciones quienes la aplicarán. Por ende, necesitan una regulación moderna, de acuerdo con los tiempos.

Asimismo, es necesario educar al consumidor financiero para que aprenda a utilizar los servicios bancarios, muchos de los cuales utilizarán la tecnología a través de plataformas virtuales. Es decir, el sistema financiero debe brindar toda la información necesaria, suficiente, útil, oportuna y de manera transparente al consumidor de sus servicios y productos, labor que ya ha puesto en marcha la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. El buen uso del mercado trae consigo la protección al consumidor financiero.

La liberalización de las tasas de interés y las nuevas tecnologías va a permitir la formalización de los que actualmente no pueden usar el sistema financiero, ya que sus transacciones serán bancarizadas. Ingresarían a un sistema formal que permite la inclusión financiera, sin discriminación ni exclusión de dichas personas. Es así como proponemos que el artículo 1243 del Código Civil recoja estos cambios que favorecen el desarrollo del país dentro de la economía social de mercado.

La inclusión financiera traerá formalidad y, a la vez, se generará un historial financiero a las personas que están fuera del sistema. Eso es muy importante, porque el consumidor financiero se acostumbrará a la formalidad, a cumplir sus obligaciones contractuales, a pagar tributos a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), a hacer declaraciones veraces en sus trámites y a defender sus derechos de información sobre los productos o los servicios que quiera contratar.

Al estar en la formalidad podrán gozar de tasas de interés bajas para créditos como las ofrece hoy día el sistema financiero. En cambio, al estar marginados pagan tasas altísimas y son víctimas de los inescrupulosos que se aprovechan del estado de necesidad de estas personas. Por ello, incluirlos en el sistema para aprovechar las ventajas de la libre competencia y las tecnologías disruptivas permitirá conocer los beneficios del sistema financiero para pagar las tasas correspondientes de acuerdo con las reglas del mercado. Es un claro ejemplo de que en la práctica el artículo 1243° no funciona, genera un mercado negro en el cual no se respetan los límites que fija el Banco Central de Reserva del Perú para operaciones ajenas al sistema financiero. La mayoría de los casos que llegan al Poder Judicial se deben a reclamos de préstamos por sumas mucho mayores a las que originalmente pactaron y, por ende, los intereses que se cobran no son los reales. Al final, estas personas excluidas del sistema financiero son discriminadas, maltratadas, acosadas hasta de muerte, porque no pueden cumplir con los pagos a su acreedor y pagan tasas de interés mucho más elevadas que en el sector formal bancario. Esta situación se puede revertir si es que se rompe esa brecha que actualmente está señalada en el artículo

1243° del Código Civil, entre los que sí usan el sistema financiero y los que no, ya que es totalmente discriminatorio, marginal y excluyente. Además, encontrándonos en una economía social de mercado, la libre competencia es un derecho fundamental y por ello garantizado por el Estado como un derecho constitucional.

Asimismo, no podemos ser ajenos a la aparición de nuevos negocios como las *fintech* gracias a las libertades económicas que sustentan la economía social de mercado, entre ellas la libre competencia y la libertad de empresa. Son estos nuevos negocios los que hacen uso de la tecnología que ha llegado a sectores como la banca que han generado competencia entre los bancos del sistema. Por ello, la unión de la libre competencia y las tecnologías disruptivas influye significativamente en el artículo 1243° del Código Civil y lo convierten en un artículo obsoleto con una visión pasmada cuyo límite a las tasas de interés fijada por el Banco Central de Reserva del Perú no se cumple, porque los informales sufren los atropellos de los inescrupulosos que saben que la única alternativa que tienen para conseguir crédito son ellos. Esta situación ya ha sido advertida por instituciones como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, el Banco Central de Reserva del Perú y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, quienes en labor coordinada saben que la inclusión financiera de este sector marginado traerá la posible aparición de otros delitos, como lavado de activos, financiamiento del terrorismo, delito cibernético y ya no la usura como originalmente se pensó cuando se redactó el artículo 1243°. Además, estas instituciones tienen conocimiento de que, así como hay posibles riesgos graves, también hay oportunidad de que las tasas de interés cumplan realmente el mayor nivel de eficiencia social, que no sean discriminatorias, sino que fomenten la inclusión en beneficio del desarrollo económico del país. Al no haber discriminación, se fomentará la educación financiera y, como pieza clave para el buen funcionamiento de la economía social de mercado, se protegerá al consumidor financiero no solo al que era marginal, sino a todos los que usen el sistema bancario por cuanto el resultado será una relación plana entre ambos grupos cuya diferencia será nula, porque todos tienen acceso al sistema financiero y será la libre competencia la que regulará de manera natural su comportamiento en el mercado, apoyándose en las nuevas tecnologías. Los ciudadanos deben comprender las ventajas de la libre competencia y defenderla buscando el desarrollo económico del país y fortaleciendo la economía.

Otro punto importante que debemos mencionar es que los bancos no llegan a todos los lugares del país, no hay muchos puntos de atención, solo está presente el Banco de la Nación. Eso limita a que la población —sobre todo los ajenos al sistema financiero— no sepa utilizar los mecanismos de operaciones bancarias. Allí, la tecnología debe ser aprovechada para captar

a este segmento, porque la gran mayoría tiene tecnología a su alcance, como, por ejemplo, un celular. De allí que una forma de atraerlos sea con la billetera móvil o las plataformas web que tienen los bancos que están en los *smartphones* (banca por celular), que resultan atractivas para los usuarios de todo nivel. Esta tecnología permite que aquellos que no tienen historial financiero lo empiecen a generar, porque se puede determinar cuántas operaciones hace, cuánto dinero mueve, qué compra, es decir, el sistema bancario lo empieza a conocer, en función a ello sabe cuánto y qué productos le puede ofrecer. Así, quedarán eliminados los prestamistas avezados que se aprovechan de las necesidades de la gente y cobran tasas de interés muy por encima de los que señala el artículo 1243° del Código Civil, porque todas las operaciones serán bancarizadas gracias a la libre competencia y las tecnologías disruptivas. Consideramos que los límites que fija el artículo 1243 no eliminan la usura; por el contrario, la promueven.

Llegamos al bicentenario con una regulación sobre tasas de interés que amerita un cambio. Por ello, la modificación del artículo 1243° del Código Civil deviene en urgente, porque no solo es discriminatorio, excluyente, violatorio de derechos fundamentales que aplican la cláusula abierta del artículo 3° de la Constitución de 1993, sino que resulta obsoleto para la nueva era tecnológica en la que estamos sumergidos y que avanza todos los días. La situación más delicada que permite este artículo —tal cual está redactado— es el desarrollo de actividad informal de prestamistas para financiar a las personas ajenas al sistema financiero, quienes no respetan los límites que señala el Banco Central de Reserva del Perú en dicho artículo, sino, por el contrario, cobran tasas de interés muy por encima de lo que dice la ley y encarecen el crédito de aquellos que recurren al financiamiento. Si se modifica este artículo y se incorpora que todas las operaciones financieras se regulen por la libre competencia estaríamos promoviendo la inclusión financiera que trae consigo la educación financiera y la protección del consumidor financiero. Además, estimularía a que los bancos sigan innovando con sus tecnologías para acceder mucho más amigablemente a los servicios y los productos financieros. Asimismo, la labor del Banco Central de Reserva del Perú, de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, será de vigilancia y control a través de sus regulaciones frente a algún abuso de la libre competencia.

Por tanto, el régimen dual que señala el artículo 1243° del Código Civil no debe continuar, sino debe incluir la liberalización de las tasas de interés producto de las libertades económicas de la economía social de mercado, dentro de la que se encuentra la libre competencia, y hacer uso de las tecnologías disruptivas, porque, de esa manera, promueve el desarrollo del país, la inclusión financiera y la protección al consumidor.

IV. Conclusiones

1. La realidad ha superado lo establecido en el artículo 1243° respecto de las tasas de interés, ya que viola la Constitución del Perú, es discriminatorio y excluyente. Este artículo debe promover la igualdad y la inclusión de la población haciendo uso de tecnologías disruptivas y apoyándose en el principio de libre competencia para fomentar el desarrollo económico del país y reducir la pobreza.
2. Este artículo se convierte en una barrera para las personas que no pueden acceder al sistema financiero formal, porque permite la aparición de prestamistas inescrupulosos a los que no se puede controlar. Es decir, no permite que las tasas de interés cumplan un rol de eficiencia social.
3. La legislación tiene que modernizarse y no ser un obstáculo para el desarrollo del país. Debemos reformular y repensar cómo adecuar la legislación a los nuevos cambios tecnológicos, sobre todo dentro de una economía social de mercado, para lograr una legislación que responda a los avances de la tecnología disruptiva y cree un marco legal que sea flexible, que garantice las necesidades de la sociedad y se adecúe a un entorno cambiante.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Decreto Legislativo N° 295 Código Civil Peruano promulgado el 24 de julio de 1984. <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
- Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley N° 26123 de 30 de diciembre de 1992. <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Normas-Legales/Ley-Organica-BCRP.pdf>
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley N° 26702 de 09 de diciembre de 1996. https://www.sbs.gob.pe/regulacion/sistema-financiero__
- Financial Crimes Enforcement Network (2000) "A Survey of Electronic Cash, Electronic Banking and Internet Gaming".
- Asociación de Bancos del Perú. (2019) "La inclusión financiera como determinante de la reducción de la pobreza en el Perú: Un análisis a nivel departamental".

PROBLEMAS CONVENCIONALES/ CONSTITUCIONALES DERIVADOS DE LA CONDENA AL ABSUELTO EN EL PERÚ (*NON REFORMATIO IN PEIUS CUALITATIVA*)

Jorge Luis Salas Arenas¹

1. Introducción

En el presente análisis, se abordará el tema de la “condena al absuelto”, que constituye un trascendental problema legislativo que se debe resolver en tanto atañe al ámbito constitucional y penal, dado que, en el inciso 3, literal b del artículo 425 del Nuevo Código Procesal Penal, se indica que la sentencia absolutoria de primera instancia puede ser revocada y dictarse en su lugar una condenatoria y en tanto que en el inciso 2 del artículo 419 se señala que es facultad de la Sala Penal Superior examinar la impugnada, que puede dictar condena en caso de revocación total o parcial de una sentencia absolutoria. Sin embargo, el Nuevo Código Procesal Penal no contempla un recurso ordinario y eficaz que permita la revisión completa de las decisiones judiciales condenatorias de este particular origen, con una evaluación cabal, y vulnera así el derecho a pluralidad de instancia en perjuicio del que resultaría recién condenado en la sala superior con motivo de la impugnación del Ministerio Público respecto de la decisión de absolución.

2. Derecho a la Pluralidad de Instancia

El derecho al ejercicio del recurso impugnatorio de instancia está reconocido en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución y pertenece a los principios y los derechos de la función jurisdiccional.

Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, dentro del reconocimiento de las garantías judiciales en el artículo 08, se encuentra consignado en el literal h) el derecho a la pluralidad de instancia, así como en el artículo 14, inciso 5 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

En consecuencia, este derecho está normativamente declarado y tanto

1 Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Juez Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal.

en la Constitución como en las normas internacionales ratificadas por el Estado Peruano, dada su relevancia.

La noción de la pluralidad de instancia tiene doble naturaleza, pues es tanto un principio como un derecho; como tal garantiza que una controversia judicial resuelta por el órgano competente pueda ser revisada por otro órgano superior preexistente bajo el empleo de medios impugnatorios preestablecidos que servirán como mecanismos para alcanzar un nuevo análisis y pronunciamiento, por lo general emitido por los integrantes de un escalón superior para examinar la decisión cuestionada; así se cumple el principio de instancia múltiple, es decir, la proscripción de imposición del criterio de única instancia.

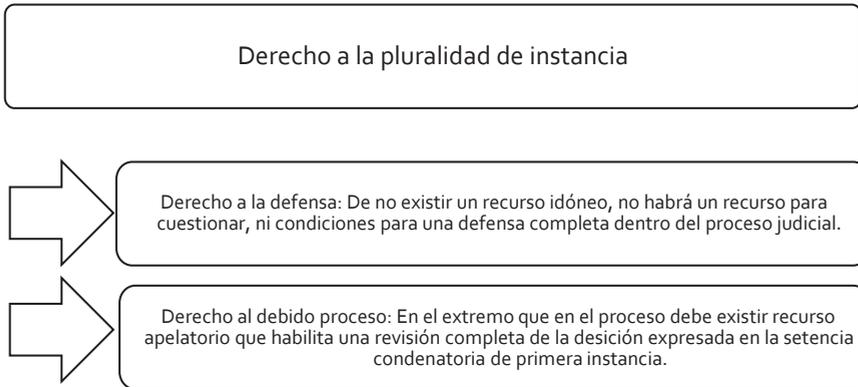
La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) se ha pronunciado en jurisprudencia vinculante, respecto de la eficacia de los recursos judiciales, dado que "no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos" (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, fundamento 164).

Ello resulta imprescindible para la protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales de las personas incurso en procesos judiciales de naturaleza penal.

Los recursos impugnatorios que servirán para alcanzar el objetivo fundamental de la pluralidad de instancia deberán ser ordinarios dentro del proceso, es decir, que se puedan interponer antes de que la decisión adquiera calidad de cosa juzgada.

Claramente, la pluralidad de instancia se relaciona con los derechos a la defensa y al debido proceso, lo que se aprecia a continuación:

FIGURA 1
RELACIÓN DEL DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA
CON LOS DERECHOS A LA DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO



Este derecho tiene configuración legal, por lo que corresponde al Congreso perfilarlo, dado que es el órgano constitucionalmente legitimado para dictar leyes, con el subsecuente deber de lograr los estándares de accesibilidad y eficacia, para que no se conviertan en meras apariencias o ilusiones dentro del ordenamiento jurídico.

La forma recursal creada por el legislador tendrá que ser funcional y útil, y estar en condición de y cumplir el fin de posibilitar la revisión íntegra de la sentencia por una instancia en principio superior², pues “[...] es precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista que tiene, esto es, garantía de legalidad y garantía contra la arbitrariedad, el abuso o error judicial” (Ferrajoli, 1996, p. 447).

No cabe una interpretación restrictiva de la pluralidad de instancia, sino que debe entenderse en un sentido amplio y que se orienta según de contenido de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano, dado que, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, las directrices que provienen de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados reconocidos por el Perú³ son los parámetros de interpretación

2 En el caso de los procesos penales contra aforados, tres jueces de la Corte Suprema juzgan en primera instancia y lo que decidieran se revisará por cinco jueces del mismo nivel como instancia de apelación (art. 450, inciso 7 del Código Procesal Penal). Al ser de igual nivel, en la función radica la diferencia.

3 En el debate entre “monistas” y “dualistas”, la Constitución peruana se decantó por el monismo, al optar por reconocer igual valor constitucional a las declaraciones internacionales sobre derechos humanos.

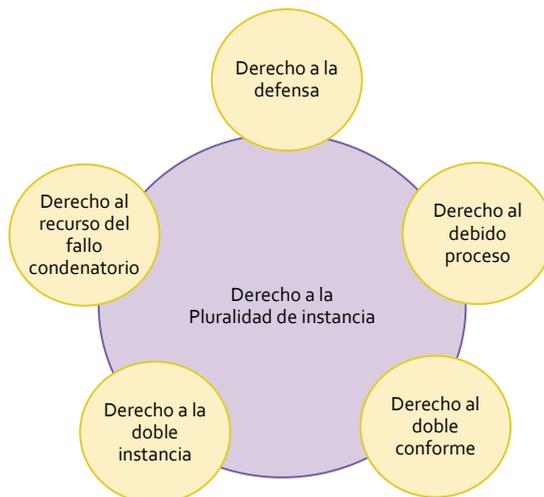
constitucional y de ellos deriva que las leyes y el resto del ordenamiento de menor jerarquía deben igualmente interpretarse según resulte de las luces que dimanen del orden fundamental internacional; por ello, se debe tomar en cuenta la jurisprudencia de los organismos internacionales que desarrolla los contenidos de los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional (2005) se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera:

Se trata de un derecho fundamental que tiene por objeto garantizar que las personas naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. (Exp. 282-20041-AA/TC, fundamento 4)

Además, es pertinente apuntar que, en el caso del derecho de pluralidad de instancia en el Perú, no hay un conflicto normativo constitucional-internacional, dado que, literalmente, la Constitución y los Tratados Internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la pluralidad de instancia, aunque no se garantiza completamente este derecho mediante la legislación interna, básicamente debido a las normas del Código Procesal Penal inicialmente indicadas, objeto de este análisis.

FIGURA 2 DERECHOS QUE SE DESPRENDEN DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIA



3. Diferencias Conceptuales entre los Términos Compuestos “Doble Conformidad de la Sentencia Condenatoria” y el “Doble Grado de Jurisdicción”

Estos términos devienen del derecho a la pluralidad de instancia y no son sinónimos, pero tienden a ser confundidos.

La doble conformidad de las sentencias en un ámbito estrictamente penal se plasma cuando en dos diferentes instancias, una superior a la otra, se producen fallos en el mismo sentido.

Tal doble conformidad judicial “otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, fundamento 85). Cuando se trata de una sentencia condenatoria adquiere especial connotación.

A su vez, al haber un recurso que garantice una reevaluación completa de la sentencia apelada, se incluye tanto lo fáctico, como lo jurídico y lo probatorio, con lo que se permite en caso de identificar algún error, omisión o injusticia en la instancia primigenia y corregirlos. Por tanto, esta doble conformidad implica, como se ha dicho, que la persona condenada en primera instancia pueda acudir a una instancia diferente, generalmente superior, mediante un recurso ordinario previsto en la ley para el examen de la condena, lo que puede derivar en la confirmación de la decisión, en su revocatoria total o parcial, o en la anulación del procesamiento por algún motivo, todo con actuación probatoria; pero si la condena se produjera recién en segunda instancia, no se ha previsto normativamente en el Perú la posibilidad de impugnar esa decisión mediante un recurso ordinario.

Esta garantía de doble conformidad, reconocida internacionalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y taxativamente protegida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no se halla dentro de la normativa interna peruana.

De otro lado, el doble grado de jurisdicción, que se aplica a todos los procesos dentro del sistema jurídico peruano, también proviene del derecho a la pluralidad de instancia consignado en la Constitución Peruana, pues “impone el doble grado de jurisdicción como mínimo para consagrar la pluralidad de la instancia, lo cual significa que un fallo, cualquiera que fuera su materia o dirección, debe ser objeto de revisión integral por otra instancia” (San Martín Castro, 2003, p. 926).

Como se refiere a la existencia de dos órganos jurisdiccionales preexistentes de diferente nivel, los cuales asumen sucesivamente el conocimiento de un mismo asunto, y —se afirma— solamente el hecho de que en dos instancias se conozca un caso judicial basta para que se cumpla con el doble grado de jurisdicción; por consiguiente, “importa incorporar

forzosamente un recurso de apelación en cuya virtud el Juez *ad quem* tenga las mismas posibilidades y poderes que el Juez *ad quo*; situación que únicamente puede lograrse mediante este recurso ordinario” (San Martín Castro, 2003, p. 926).

Este último término es válido para todos los procesos y se aplica en un contexto general, mientras que, para que se cumpla la doble conformidad en materia penal, se debe encontrar un fallo igual en instancias diferentes; por ello, ante una condena, debería ser factible el ejercer un recurso ordinario para la íntegra revisión de la decisión judicial, y con ello cumplir la doble conformidad.

Así, la doble conformidad implica siempre al doble grado de jurisdicción, pero el doble grado de jurisdicción no siempre connota la doble conformidad.

Por ello, “el doble grado de jurisdicción” y “la doble conformidad”, claramente son términos diferentes, aunque muchas veces confundidos y equivocadamente empleados al momento de ser referidos, en particular en cuanto se refiere a la condena al absuelto.

4. Recursos Ordinarios dentro del Proceso Penal

En el proceso penal peruano, existen recursos impugnatorios, destinados a garantizar la revisión de las decisiones judiciales por disconformidad del perjudicado y para evitar el probable error judicial de interpretación o evaluación de la carga fáctica.

Yaipén define acertadamente en su libro *Recurso de casación penal* a los recursos como actos de postulación de las partes; estos, a su vez, solicitan, ante un mismo juez u otro jerárquicamente superior, la anulación, la revocación o la sustitución parcial o total de la decisión expedida en la resolución emitida que les cause agravio y, en consecuencia, imposibilita que se configure una sentencia firme (Yaipén, 2014, p.131).

Existen varios recursos en el proceso penal peruano gracias a la implementación del orden procesal; entre ellos, se hallan los ordinarios, es decir, los que tienen un mínimo grado de admisibilidad; por ejemplo, el de apelación, dado que sus requisitos son simples y accesibles, y también están los recursos extraordinarios que tienen requisitos indispensables, como la casación y la revisión; es de acotar que ellos tienen especificidades en cuanto a requisitos y supuestos específicos en los que ha de proceder, de allí su naturaleza excepcional.

De manera concreta, mediante dos tablas ilustrativas (Tabla 01 y Tabla 02), se muestra cuáles son los efectos y las finalidades de los medios impugnatorios y la acción de revisión.

TABLA 1
MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL PERUANO

Recurso	Efecto	Actos impugnables	Finalidad
Reposición	No tiene efecto devolutivo	Decretos o decisiones dictadas en audiencia.	Procurar la economía procesal y evitar una segunda instancia, para que el juez pueda reexaminar su decisión y cambiarla si fuera necesario.
Apelación (ordinario)	Con efecto devolutivo y tendrá efecto suspensivo cuando se trate de sentencias o autos que resuelvan sobreseimientos o autos que pongan fin a la instancia.	Resolución judicial (auto o sentencia)	Que el órgano revisor pueda confirmar, anular o revocar total o parcialmente la resolución impugnada.
Casación (extraordinario)	Con efecto devolutivo	Fallos definitivos que contengan errores materiales o formales.	Identificar errores jurídicos graves que contengan las resoluciones judiciales, las cuales se anularán total o parcialmente y se devolverán para que se proceda tal como lo estipula la Sala Penal de la Corte Suprema.
Queja	No tiene efectos dentro del proceso.	Autos emitidos por los juzgados que deniegan un recurso de apelación o de casación.	Que sean admitidos los recursos de apelación o de casación.

Nota. Los datos de la tabla están basados en lo que se consigna en el Código Procesal Penal, en el libro cuarto "La impugnación", Sección II, III, IV, V y VI, que comprende los artículos 413 al 414, 415, 416 al 419, 427 al 436 y 487 al 438, respectivamente.

**TABLA 2
ACCIÓN DE REVISIÓN**

	Efectos	Actos impugnables	Finalidad
Acción de revisión (extraordinario)	No tiene efectos dentro del proceso.	Resoluciones Judiciales con calidad de cosa juzgada	Subsanar un error judicial a favor del condenado.

Nota. Los datos de la tabla están basados en lo que se consigna en el Código Procesal Penal, en el libro cuarto "La impugnación", Sección VII "La acción de revisión", artículos 439 al 445.

De las anteriores tablas, se desprende que los recursos de impugnación diseñados por el legislador peruano y la acción de revisión no contemplan la posibilidad de que el que en primera instancia fuera absuelto y en segunda instancia resultara condenado pudiera postular un recurso ordinario dentro del proceso a fin de aspirar a una declaración absolutoria.

5. ¿Es la Casación un Recurso Efectivo para Garantizar la Pluralidad de Instancia?

El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria con características y requisitos particulares para poder ejercerlo, salvo en caso de que la Corte Suprema razonablemente estimara la necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial (art. 427, inciso 4 del Código Procesal Penal) y hubiera motivo atendible para, en interés colectivo sobre la materia, casar la decisión (más allá del interés privativo de la persona directamente afectada).

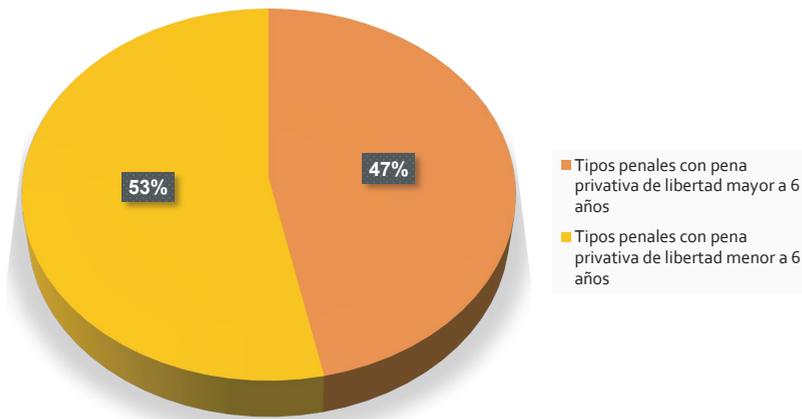
Frecuentemente, se suele acudir a la casación como una tercera instancia de impugnación. Ello genera sobrecarga de planteamientos casatorios ante la Corte Suprema. El mayor volumen de estos suele ser declarado inadmisibles por no cumplir con los exigentes requisitos de ley. Ello, a su vez, incide en el retardo de la atención de otros asuntos que podrían ser resueltos más prontamente.

La casación es viable solo por motivos específicos, de modo que no se aplica a todos los casos; por ello, la experiencia cotidiana muestra que únicamente un mínimo de postulaciones casatorias penales puede llegar a ser atendido.

Un levantamiento de la totalidad de tipos y subtipos descritos en el Código Penal en el año 2020 por la Comisión Nacional de Implementación del Sistema Estadística Judicial (Cominsej) del Poder Judicial, comisión que presidió hasta setiembre del año pasado, concluyó hasta el indicado año que el universo era de 1818 tipos y subtipos.

De todos ellos, 849 aparecen conminados con una pena privativa de libertad superior a seis años en su extremo mínimo (valla legal de admisibilidad del recurso de casación); se trata del conjunto de los delitos estimados graves y muy graves debido al reproche punitivo.

FIGURA 3
PORCENTAJE DE LOS TIPOS PENALES CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD MAYOR Y MENOR A SEIS AÑOS



Nota. El cuadro del listado de los delitos que en concreto han merecido por decisión del legislador sanciones de más de seis años de pena privativa de la libertad en su extremo mínimo, presenta los marcos de punición. Este extenso cuadro puede ser ubicado libremente en el siguiente enlace: <https://ng.cl/onv3y>.

Cabe resaltar que la mayoría de conductas delictivas no podrá ser objeto de casación, debido a la valla legal de admisibilidad y, con ello, se limita, en el caso de una condena en segunda instancia, contra el apelado que originariamente fue absuelto en primera instancia; por tanto, el supuesto normativo vigente presenta *de facto* un supuesto de decisión condenatoria emitida en única e inimpugnable instancia, es decir, una determinación condenatoria inapelable; en suma, una negación al principio de revisabilidad de las condenas (o, lo que es lo mismo, una extensa excepción a la pluralidad de instancia).

FIGURA 4
CALIFICACIÓN DE RECURSOS DE CASACIÓN PRESENTADOS ANTE LA SALA PENAL PERMANENTE Y LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA 2019-2020

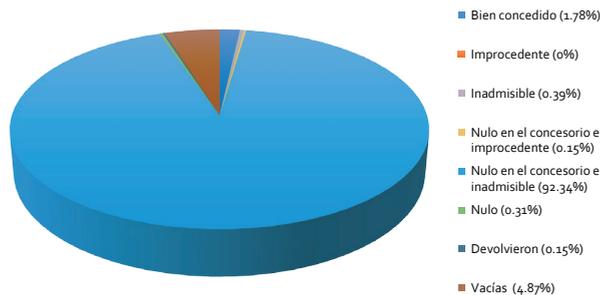
	2019								
	CALIFICACIONES	BIEN CONCEDIDO	IMPROCEDENTE	INADMISIBLE	NULO EL CONCESORIO E IMPROCEDENTE	NULO	DEVOLVIERON	VACIAS	
SALA SUPREMA PENAL PERMANENTE	573	0	0	3	0	566	0	1	3
SALA SUPREMA PENAL TRANSITORIA (Ex. 1° SPT)	720	23	0	2	2	628	4	1	60
TOTAL	1293	23	0	5	2	1194	4	2	63

	2020								
	CALIFICACIONES	BIEN CONCEDIDO	IMPROCEDENTE	INADMISIBLE	NULO EL CONCESORIO E IMPROCEDENTE	NULO EL CONCESORIO E INADMISIBLE	PREVIO	VACIAS	
SALA SUPREMA PENAL PERMANENTE	941	6	3	2	2	926	2	0	
SALA SUPREMA PENAL TRANSITORIA (Ex. 1° SPT)	459	61	0	2	0	369	1	26	
TOTAL	1400	67	3	4	2	1295	3	26	

Nota. Los datos consignados en la Figura 2 han sido proporcionados por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Oficio Nro. 003265-2021-SG-CS-PJ de fecha 01 octubre de 2021.

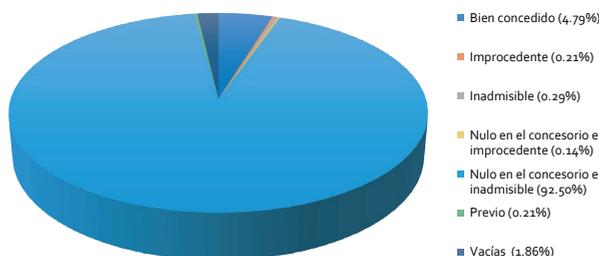
La información revela la objetiva excepcionalidad del recurso de casación en el ámbito penal.

FIGURA 5
RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN DE LAS CASACIONES PRESENTADAS ANTE LA CORTE SUPREMA EN LAS SALAS PENALES EN EL AÑO 2019



Nota. Los datos recogidos muestran que del cúmulo de peticiones de casación en 2019 (universo: 1293), solo 23 fueron admitidas (bien concedidas), esto es el 1.78 %. Asimismo, revela que el 92.34 % de las casaciones presentadas mereció declaración de nulidad del concesorio e inadmisibilidad, lo que representa 1194 recursos de casación.

FIGURA 6
RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN DE LAS CASACIONES PRE-
SENTADAS ANTE LA CORTE SUPREMA EN LAS SALAS PENALES
EN EL AÑO 2020



Nota. Los datos recogidos muestran que del cúmulo de peticiones de casación en 2020 (universo: 1400), solo 67 fueron admitidas (bien concedidas), esto es el 4,79 %. Asimismo, revela que el 92,50 % de las casaciones presentadas mereció declaración de nulidad del concesorio e inadmisibilidad, lo que representa 1295 recursos de casación.

En consecuencia, de manera indubitable, queda establecido que se trata de un medio impugnatorio de admisibilidad reducida que no cubre las expectativas de los usuarios de justicia en tanto sus variados requisitos y exigencias lo convierten en un mecanismo difícil de ser acogido en el escalón supremo jurisdiccional penal competente.

En segundo lugar, en casación, no hay fase probatoria, por lo que el absuelto recién condenado no podrá actuar prueba por ese medio en favor de su lógica pretensión de absolución.

Para Roxin (2006), la casación constituye “un recurso limitado que permite el *control in iure*, lo que significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal” (p. 466).

Su objetivo es promover el *ius constitutionis* (la conformidad constitucional *erga omnes*). No tiene como finalidad el *ius litigatoris*. No está determinada, por tanto, a cubrir el estándar de pluralidad de instancia.

En la jurisprudencia nacional, se ha reconocido que, dentro de la normativa procesal penal interna, no existe un medio por el cual se pueda concretar el derecho a recurrir del que estando absuelto fuera condenado en segunda instancia. Es así como, en la casación Nro. 280-2013, causa de Cajamarca, se indica en el fundamento décimo segundo:

[...] Al no existir según nuestro ordenamiento procesal un órgano judicial que pueda resguardar en toda su amplitud el derecho a recurrir del sentenciado, toda vez que el recurso de casación al ser un medio impugnatorio extraordinario, por su propia naturaleza no constituye una

nueva instancia y tiene un alcance limitado y tasado (en el que solo se puede hacer una evaluación netamente jurídica) [...] (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013, fundamento 12).

Cabe reafirmar que a pesar de que la casación ciertamente es un recurso impugnatorio útil para garantizar los derechos de las partes procesales, en casos específicos, no es general ni efectivo para resguardar cabalmente los derechos de todos los apelados y no es eficaz para quienes fueron originalmente condenados en segunda instancia.

En el ámbito de la responsabilidad de menores en conflicto con la ley penal, la Corte Suprema de Justicia de la República en la casación Nro. 2917-2015, Piura, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2016), indicó que la casación no tiene naturaleza jurídica de tercera instancia:

Por tanto, resultará correcto, contemplar la posibilidad que ante una decisión de segunda instancia (Sala Superior) que revoque la absolución de un adolescente y determine su responsabilidad, debería existir una instancia superior que lo conozca, en donde pueda ejercer de forma amplia su derecho de defensa, cuestionar los hechos, ofrecer pruebas y rebatir las existentes; exigencia que no puede ser satisfecha aun cuando se tenga acceso al recurso de casación, por cuanto, en esta sede no se abre una tercer instancia, que permita volver a enjuiciar los hechos atribuidos al infractor, toda vez que de acuerdo al artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, "finalidad nomofiláctica y uniformizadora". (fundamento 4.10)

FIGURA 7
REQUISITOS PARA QUE EL RECURSO IMPUGNATORIO RESULTE EFICAZ



6. Urgente Decisión Legislativa que Corrija la Vulneración Constitucional y Procesal Penal en Materia de Condena al Absuelto

La condena la absuelto constituye un serio problema que se ha identificado en el Perú hace más de 10 años y que connota una flagrante vulneración del derecho a la pluralidad de instancia, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que aún no ha sido resuelto pretorianamente al haberse producido diversas opiniones y decisiones jurisdiccionales contradictorias. El Poder Legislativo que tiene la llave para solucionar esta materia no ha resuelto aún el dilema.

Aunque hubo iniciativas legislativas, como el proyecto de ley 1451/2016-CR y 3829/2018-PJ (propuesto por el autor de este análisis), en las que se planteó la modificación de los incisos 2 y 4 de los artículos 419 y 423, respectivamente, y la incorporación del literal C) en el inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, todo esto relacionado con la condena al absuelto para que, producida la condena del apelado en segunda instancia por una sala penal superior, sea otra sala superior penal diferente la que conozca el nuevo recurso de apelación, esta vez contra esa reciente condena, con lo que tanto el principio de la doble conformidad como la absolución se facilitan⁴.

No se concretaron en ley por diferentes factores. Uno de ellos fue el término de la labor congresal del período 2020-2021, según la propuesta legislativa Nro. 1451-2016.

A la fecha, no hay proyectos legislativos relativos al tema, pese al carácter del problema jurídico constitucional y procesal penal.

El Estado Peruano se halla ante varios escenarios de afectación al derecho a la pluralidad de instancia, con los riesgos derivados ante la jurisdicción internacional de la subregión en materia de los Derechos Humanos.

Es altamente probable que se declare al Perú como Estado responsable por violaciones del derecho de los sentenciados a recurrir el fallo de condena, como está estipulado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hoy se halla en giro ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso Walter Alejandro García Jaimés vs. el Estado Peruano en que se emitió el Informe No. 205/19 – Petición 350-11, donde la indicada Comisión IDH declaró admisible la petición por la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en concordancia con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional. Asimismo, se indica en reiterados fundamentos que, dentro la normativa interna, el Perú no ha considerado un recurso ordinario y eficaz para que se produzca la revisión

4 Los proyectos de ley se pueden apreciar libremente en el enlace siguiente: <https://n9.cl/xungq>; asimismo, se puede apreciar el dictamen congresal de fecha 16 de julio del 2021 libremente en el siguiente enlace: <https://n9.cl/sdyng>.

extensa, que hace referencia a los ámbitos jurídicos, fácticos y probatorios de la materia.

Aunque en nuestro sistema recursal contamos con diversos medios impugnatorios destinados a evitar que se vulneren derechos de las personas y promover que no haya injusticias, el tema de la condena en segunda instancia al apelado que fue absuelto en primera, como se ha referido anteriormente, no se ha tomado en cuenta.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el fundamento quinto de la sentencia recaída en el Exp. 05194-2005-AA/TC, indicó lo siguiente:

[...] El derecho de acceso a los recursos es uno de configuración legal, por lo que corresponde al legislador establecer los requisitos que deben cumplirse para que sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que deben seguir. Su contenido además de prefigurar el procedimiento que deben seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza, entonces, que no se establezcan y apliquen condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionalmente su ejercicio. Sin embargo, queda excluida de ese ámbito de protección la evaluación judicial practicada en torno al cumplimiento o no de las condiciones o los requisitos legalmente previstos, en la medida en que no se aprecien errores en la interpretación relacionados fundamentalmente a los medios impugnatorios y, en particular, en lo relacionado con la extensión de su ámbito de protección. (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 5).

7. Condena al Absuelto y el Control de Convencionalidad

Como se ha señalado, la Constitución Peruana, mediante el artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria, abre la integración de instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, que previamente hayan sido ratificados.

Desde el año 1978, en que el Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se integró al derecho nacional la mencionada Convención y, además, el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para materializar esta protección dentro de la sede judicial nacional, existe el control de convencionalidad como una vía de aseguramiento del cumplimiento de lo establecido en las disposiciones internacionales referentes a derechos humanos y para que el juez pueda acudir a ellas para argumentar el fallo; el juez no solo tiene el deber de hacer un control

constitucional, sino también de verificar que la resolución que está expidiendo no contradiga alguna disposición internacional que pertenezca a la legislación interna (como expresión del monismo).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), indicó sobre el control de convencionalidad que:

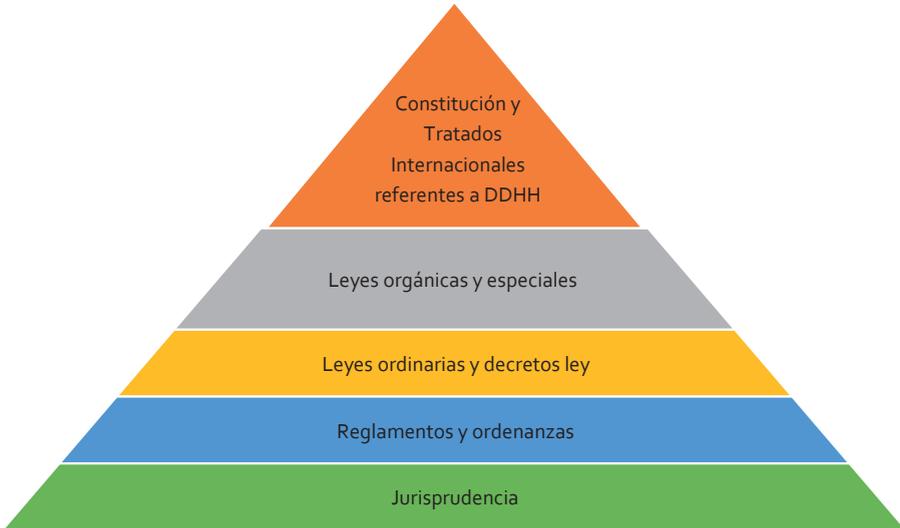
La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamento 124)

La Corte Interamericana también se refirió al mismo asunto, indicando con motivo del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, que:

Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencias de ese tipo de acciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, fundamento 128).

La pirámide de Kelsen requiere, por tanto, una precisión para mostrar en el vértice superior (cúspide) la integración de la Constitución y los tratados internacionales declarativos de derechos humanos.

FIGURA 8
PIRÁMIDE DE Kelsen ACTUALIZADA SEGÚN LOS CRITERIOS ANTES INDICADOS



Con ello, la capacitación jurídica será cabal y, como efecto, cuando el juez tenga que emitir sus fallos, estará ejercitado desde la formación en las aulas, para tomar en cuenta tanto la Constitución como los Tratados Internacionales declarativos de Derechos Humanos, y así hará material el Control de Convencionalidad dentro de su labor jurisdiccional.

8. Conclusión General

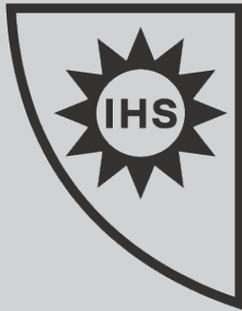
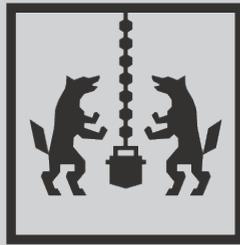
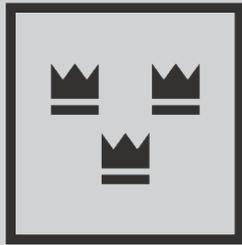
De acuerdo con lo señalado a lo largo de este análisis, se puede concluir que el derecho a la pluralidad de instancia en casos de “condena al absuelto” está vulnerado, en tanto no existe un recurso ordinario, eficaz y sencillo al que pueda recurrir el apelado.

Asimismo, a pesar de la existencia de varios recursos que garantizan la aplicación correcta del derecho, no existe a la fecha un mecanismo idóneo al que se pueda acudir cuando el procesado resulta originalmente condenado en segunda instancia tras haber sido declarado absuelto en primera. El poder legislativo tiene el deber de regular correctamente un recurso que pueda corregir el defecto.

La solución que se adopte deberá ser congruente con los mandatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por pluralidad de instancia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Parágrafo 124 (26 de septiembre de 2006).
- Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Parágrafo 161 (2 de julio de 2004).
- Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Parágrafo 85 (30 de enero de 2014).
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Parágrafo 128 (24 de noviembre de 2006).
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. Casación Nro. 2917-2015; 03 de mayo de 2016.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. Casación Nro. 280-2013, 13 de noviembre de 2014.
- Ferrajoli, L. (1996). Los valores de la doble instancia y nomoflaquia. *Revista "Nueva Doctrina Penal" (B)*, 445-456. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30906-valores-doble-instancia-y-nomoflaquia>
- Roxin, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Civitas
- San Martín Castro, C. (2003). *Derecho Procesal Penal, Volumen II*. Editora Jurídica Grijley.
- Tribunal Constitucional Peruano, Exp. Nro. 3261-2005-PA/TC; 08 de julio de 2005.
- Tribunal Constitucional, EXP. 05194-2005-PA/TC; 14 de marzo de 2007.
- Yaipén Zapata, V. (2014). *Recurso de Casación Penal, Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Ideas Solución Editorial SAC.



AVANCES Y RETOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO

Mtro. José Ángel Dávila Córdova¹

I. Introducción

El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano derivado de la libertad de pensamiento y expresión, es decir, de la libertad de indagar o buscar información; en esa línea, recibir la información y, por ende, libertad de difundirla.

Ello se ve sustentado en los diferentes instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 19° prescribe que: *"Todo individuo tiene derecho a investigar y recibir informaciones y opiniones y a difundirlas"*.

Del mismo modo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el artículo 9°, reconoce el derecho de *"buscar, recibir, e impartir información"*.

Asimismo, la Convención Europea sobre los Derechos Humanos en el artículo 10° plantea que *"toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas"*.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que *"toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea*

1 Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima- Perú), Máster en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid (Madrid-España), cuenta con Diploma de Postítulo en Derechos Humanos y Juicio Justo por la Universidad de Chile. Ha realizado diferentes estudios en cursos y seminarios especializados, como en la Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona- España) y en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo - Cantabria (Santander-España). Ha sido docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Federico Villarreal, en Educación Continua en la Universidad Ricardo Palma, así como Adjunto de Docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Actualmente, es Docente en la Carrera de Derecho en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (Lima- Perú).

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

En nuestro país, el derecho de acceso a la información pública se ha constituido como un derecho fundamental establecido en el artículo 2º inciso 5 de la Constitución Política.

De esta manera, se destaca una redacción bastante completa que determina que *“toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”.*

Es importante manifestar que, a partir de ello, en el año 2002, se generó el marco legal, con la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y su respectiva reglamentación.

Sin embargo, este marco legal venía sin un órgano garante que pudiera hacer frente a los casos en los que se vulnerara este derecho.

II. Avances

Si bien es cierto que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Reglamentación constituye un trascendental avance en la materia, todavía necesitamos trabajar tanto en el fortalecimiento del órgano garante como en el desarrollo de este derecho en el ámbito jurisprudencial y académico.

Con el Decreto Legislativo 1353, se crea el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ambos órganos están encargados de garantizar el cumplimiento y el respeto a este derecho.

Con ello, se pretende evitar que los ciudadanos opten por la vía más larga a través del *habeas data*, sino que se pueda realizar la apelación en un plazo corto a través de un colegiado administrativo.

El Tribunal de Transparencia viene resolviendo diversos casos y generando criterios importantes que permitan que las personas puedan acceder a información transitando por un procedimiento corto y sencillo.

En el Compendio *“Transparencia y Acceso la Información Pública: normativa y jurisprudencia”*, se realiza una selección de resoluciones emitidas por el Tribunal de Transparencia, tales como la Resolución N° 010300032019 recaída en el Expediente N° 00496-2018-JUS/TTAIP, que declara fundado el recurso de apelación presentado contra el Ministerio de Cultura y se ordena la entrega de expedientes sancionadores, dado que han transcurrido más de seis meses desde el inicio del referido procedimiento y la confidencialidad

de la información ha culminado (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 187).

Asimismo, la Resolución N° 010300432019, recaída en el Expediente N° 00028-2019-JUS/TTAIP, declara fundado el recurso de apelación presentado contra el Municipalidad Metropolitana de Lima y se ordena la entrega de la información relacionada a documentos sustentatorios para un proyecto de ordenanza municipal, debido a que la entidad no ha justificado que la documentación forma parte de un proceso deliberativo previo a la toma de una decisión de gobierno, como tampoco acreditó la existencia del apremiante interés público para denegar la solicitud del recurrente (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 197).

De igual modo, la Resolución N° 010300552019, recaída en el Expediente N° 00001-2017-JUS/TTAIP, declara fundado el recurso de apelación presentado contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y se ordena que la entidad inicie la reconstrucción de la información solicitada por la recurrente (costo total de la construcción del Puente Bella Unión); se debe culminar dicha labor en un plazo razonable e informar a la solicitante sobre dicho plazo poniendo a su disposición la información recabada por ser de naturaleza pública (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 205).

Otro caso interesante es el referido a la Resolución N° 010301052019, recaída en el Expediente N° 00067-2019-JUS/TTAIP, que declara fundado el recurso de apelación presentado contra el Indecopi y se ordena la entrega de las comunicaciones enviadas por el Consejo Regulador y otras instituciones privadas a la Dirección de Signos Distintivos, Gerencia General y Presidencia, dado que no se ha acreditado que la revelación de la información podría afectar una decisión de gobierno u otro bien jurídico protegido (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 215).

También ha sido recogido en el Compendio el caso referido a la Resolución N° 010302182019, recaída en el Expediente N° 00152-2019-JUS/TTAIP, que declara fundado el recurso de apelación presentado contra la Policía Nacional del Perú y se ordena que entregue el total de requisitorios a nivel nacional, incluyendo nombre completo, el motivo y DNI u otro, en atención a que se trata de datos que permiten la participación de la sociedad en la lucha contra la inseguridad ciudadana y el control de las decisiones públicas (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, p. 227).

En estos casos, se advierte un trabajo importante del Tribunal de Transparencia para garantizar el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información. Además, se puede constatar que las entidades apeladas no están evaluando con rigurosidad los alcances del marco normativo de la materia.

Por su parte, en la Memoria Anual 2020 del Tribunal de Transparencia, se destacan algunos casos importantes, como el de la Resolución N°

010310042020, recaída en el Expediente N° 01401-2020-JUS/TTAIP, en la cual se determina que la información sobre las adquisiciones de las entidades es de naturaleza pública, en cuanto se ejecutan con cargo al presupuesto del Estado (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 27).

En esa línea, la Resolución N° 010301772020, recaída en los Expedientes N° 00074-2020-JUS/TTAIP y N° 00077-2020-JUS/TTAIP, establece que, al no haberse acreditado que la documentación solicitada se encuentra protegida por alguna excepción al derecho de acceso a la información pública prevista en la Ley de Transparencia, la presunción de publicidad respecto del acceso a la documentación solicitada se encuentra plenamente vigente al no haber sido desvirtuada (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 28).

Un caso interesante plasmado en la Memoria Anual es el recaído en el Expediente N° 00910-2020-JUS/TTAIP, en el cual, mediante Resolución N° 010310842020, se establece que cuando una demanda, un alegato u otro documento es ingresado por la entidad a un proceso judicial, dichos documentos dejan de formar parte del proceso de elaboración de una estrategia de defensa para pasar a formar parte de un expediente judicial. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 3062-2009-PHD/TC y 2647-2017-PHD/TC en cuanto refieren que cuando se soliciten copias simples de los actuados de un proceso judicial que se encuentra en trámite corresponde su entrega, siempre que no exista algún supuesto de excepción previsto en la normativa (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 29).

El Tribunal de Transparencia de Transparencia también se ha pronunciado sobre la obligación de entregar información por parte de las notarías públicas, como se puede apreciar en el Expediente N° 00988-2019-JUS/TTAIP en el que mediante Resolución N° 010300212020, se determinó que la documentación obtenida o generada en ejercicio de una función notarial en el ámbito de un asunto no contencioso previsto en una normativa especial, constituye información pública bajo los alcances de la Ley de Transparencia (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 30).

Un tema de especial relevancia es la entrega de información relacionada a los correos electrónicos institucionales de los funcionarios y los servidores, por ejemplo; a través de la Resolución N° 010304072020 recaída en el Expediente N° 00428-2020-JUS/TTAIP, se advirtió que la entidad apelada no ha utilizado el procedimiento legalmente establecido en el artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia para garantizar el acceso a la información pública contenida en los correos electrónicos de los servidores públicos, lo cual era necesario para resguardar su derecho a la intimidad

personal y familiar. En ese sentido, procede la entrega de la información pública solicitada, previo cumplimiento del citado procedimiento (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 31).

Los números correspondientes a los equipos terminales móviles de la entidad que han sido solicitados son números telefónicos institucionales, que fueron adquiridos y solventados con cargo a recursos públicos, y asignados y utilizados para el ejercicio de sus funciones; por tanto, dicha información es de carácter público (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 32).

La revelación de los mensajes de texto implicaría transgredir lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Telecomunicaciones, así como lo señalado en el artículo 13 de su reglamento, que exigen preservar la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 32).

Caso similar ocurrió en el Expediente N° 00673-2020-JUS/TTAIP, el cual, mediante Resolución N° 020303532020, estableció que los números de equipos terminales móviles que son adquiridos y otorgados a los funcionarios por parte de una entidad pública no constituyen datos personales, sino que corresponden a bienes públicos de la entidad que han sido financiados con cargo al presupuesto público; por tanto, la información relacionada a dichos equipos terminales móviles institucionales es de carácter público (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2020, p. 39).

Cabe destacar que, en el año 2020, el Tribunal de Transparencia emitió su primer precedente administrativo de observancia obligatoria², el cual fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 11 de febrero del mismo año, que establecía que el plazo para interponer un recurso de apelación frente a la denegatoria expresa de una solicitud de acceso a la información pública por parte de una entidad es de quince (15) días hábiles.

Asimismo, se estableció que las entidades no podrán negar el acceso a la información pública argumentando únicamente que la documentación requerida no ha sido creada por esta y atendiendo a que el derecho de acceso a la información pública abarca no solamente la posibilidad de obtener aquella que ha sido generada por la propia institución, sino también a la que, sin haber sido creada por esta, se encuentra en su posesión³.

En tal sentido, cuando las entidades denieguen el acceso a la información pública en virtud a la inexistencia de la documentación requerida, deberán previamente verificar mediante los requerimientos a las unidades orgánicas que resulten pertinentes si la información: i) fue generada por la entidad; y, ii) si ha sido obtenida, se encuentra en su posesión o bajo su control; asimismo,

² Resolución N° 010300682020 recaída en el Expediente N° 00038-2019-JUS/TTAIP.

³ *Ibid.* 24

luego de descartar ambos supuestos, deberán comunicar de manera clara y precisa dicha circunstancia al solicitante⁴.

En ese orden de ideas, el Tribunal de Transparencia también emitió la Resolución de Sala Plena N° 000001-2021-SP del 1 de marzo del 2021 que aprobó los Lineamientos Resolutivos que desarrollaban criterios interpretativos de la Ley de Transparencia, así como criterios procedimentales.

Y dentro de su función dirimente el Tribunal de Transparencia emitió la Opinión Técnica Vinculante N° 000001-2021-JUS/TTAIP-SP del 30 de marzo del 2021, que dirime el conflicto entre la aplicación de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en la tramitación de las solicitudes de acceso a información propia (autodeterminación informativa).

Es preciso resaltar que las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de *habeas data* han sido fundamentales para desarrollar el alcance del derecho de acceso a la información. Un caso relevante es la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, expedida el 29 de enero de 2003 sobre el caso del demandante Wilo Rodríguez Gutiérrez, en el que se señaló lo siguiente:

[...] el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p. ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa [...]⁵

4 Ibid.

5 Fundamento 16 de la Sentencia recaída el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, expedida el 29 de enero de 2003 (Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez).

Esta sentencia es importante, porque el Tribunal Constitucional hace un análisis exhaustivo sobre el contenido del derecho de acceso a la información, enfatizando la obligación que tienen los sujetos obligados para atender debidamente los pedidos de información de las personas.

Además, precisa que la información que se debe entregar debería caracterizarse por ser clara, encontrarse completa, actualizada y sin errores, toda vez que, si la información no contara con estos requisitos, se vulneraría el derecho de acceso a la información de los recurrentes.

En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional también explica la doble dimensión del derecho de acceso a la información pública:

[...] por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. [...] En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática⁶.

Además, el máximo intérprete de la Constitución señala que:

[...] cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición del derecho de acceso a la información no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición⁷.

Sino que:

[...] tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad

6 Fundamentos 10 y 11 de la Sentencia recaída el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, expedida el 29 de enero de 2003 (Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez).

7 Fundamento 11 de la Sentencia recaída el Expediente N° 1797-2002-HD/TC, expedida el 29 de enero de 2003 (Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez).

preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad⁸.

Esta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado⁹.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado lo referido a la publicidad de las normas¹⁰, la titularidad de las personas jurídicas del derecho de acceso a la información pública¹¹, la relación del derecho de acceso a la información con el derecho a la verdad¹², así como su relación con la lucha contra la corrupción¹³, el derecho de acceso a la información pública en los estados de excepción¹⁴ y la precisión de que el acceso a la información pública no puede ser denegado por el hecho que la misma no esté en los archivos, cuando la entidad está obligada a detenerla o poseerla¹⁵.

Asimismo, el colegiado ha puesto especial énfasis en lo concerniente a las excepciones del acceso a la información pública, y ha desarrollado lo referido al principio de legalidad¹⁶, el control de constitucionalidad y deber de motivación de las limitaciones al derecho de acceso a la información¹⁷, el alcance del concepto de intimidad personal¹⁸; en esa línea, el contenido

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Fundamento 8 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 950-2000-HD/TC.

11 Fundamentos 2 y 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0644-2004-HD/TC.

12 Fundamentos 7, 8 y 9 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0959-2004-HD/TC.

13 Fundamentos 25 – 30 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4407-2007-HD/TC.

14 Sentencia recaída en el Expediente N° 01805-2007-HD/TC.

15 Sentencia recaída en el Expediente N° 74440-2005-HD/TC.

16 Fundamento 7 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 1219-2003-HD/TC.

17 Fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC.

18 Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1480-2003-HD/TC, N° 4407-2007-HD/TC y N° 04159-2009-HD/TC.

del secreto bancario¹⁹, los aspectos vinculados a la seguridad nacional²⁰, así como la reserva de los informes de Contraloría durante la ejecución de control²¹, y recalando el criterio de interpretación restrictiva²².

Finalmente, en cuanto a los sujetos obligados, el Tribunal desarrolló el concepto de calidad de entidad pública²³ y las obligaciones²⁴ que estas tienen para atender las solicitudes de acceso a la información. De esta manera, delimitó las obligaciones de los colegios profesionales²⁵, de los notarios públicos²⁶, de las universidades²⁷, de los institutos²⁸ y de las diversas empresas privadas que brindan servicios públicos²⁹. En esa línea, desarrolló también los criterios sobre los costos de reproducción de la información pública³⁰.

En conclusión, el Tribunal Constitucional ha venido generando importantes pronunciamientos a través de sus resoluciones, que han desarrollado aspectos fundamentales sobre el contenido del derecho de acceso a la información.

Ahora bien, frente a las denegatorias expresas o al silencio negativo, las personas tienen el camino libre para optar por el proceso de *habeas data* en vía judicial o el procedimiento administrativo a través del Tribunal de Transparencia.

La diferencia esencial entre dichas vías es el tiempo o la duración del proceso de *habeas data* y del procedimiento administrativo. Aquí, cabe señalar lo advertido por la Defensoría del Pueblo en su informe 165³¹, de las **841 sentencias de *habeas data*** (correspondientes al periodo enero 2007-marzo 2013) revisadas, se advirtió que los procesos podían durar entre 6 y 12 meses a nivel de juzgados, entre 12 y 18 meses, a nivel de salas superiores y, en promedio, de 25 meses en el Tribunal Constitucional. Por ello, una alternativa con un plazo más corto es acceder al Tribunal de Transparencia vía recurso de apelación.

19 Sentencia recaída en el Expediente N° 1219- 2003-HD/TC.

20 Fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 950-2000-HD/TC.

21 Sentencia recaída en el Expediente N° 1861- 2008- HD/TC.

22 Fundamento 15 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2579 – 2003-HD/TC.

23 Fundamentos 4-8 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3619-2005-HD/TC

24 Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0959-2004-HD/TC.

25 Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1851-2002-HD/TC y Exp. N° 01266-2010-HD/TC.

26 Fundamento 2 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4566-2004-HD/TC.

27 Fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3971-2004-PHD/TC.

28 Sentencia recaída en el Expediente N° 02892-2009-HD/TC.

29 Sentencias recaídas en los Expedientes N° 390-2007-HD/TC, N° 1347-2010-HD/TC y N° 03156-2009-HD/TC.

30 Sentencias recaídas en los Expedientes N° 03351-2008-HD/TC y N° 1912-2007-HD.

31 Informe Defensorial 165 "Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013".

III. Retos

Los órganos garantes en materia de transparencia y acceso a la información pública deben tener autonomía e independencia y, por ello, resulta necesario que la actual configuración del órgano garante sea fortalecida.

Existen diferentes posiciones al respecto: las que proponen un organismo técnico especializado adscrito al Poder Ejecutivo o la de convertirse en un órgano constitucionalmente autónomo, lo que claramente implicaría una reforma constitucional.

En su momento, la Defensoría del Pueblo elaboró un anteproyecto de ley, con la finalidad de que se pueda crear el órgano garante. Después de un intenso trabajo de diferentes sectores tanto del ámbito público como de la sociedad civil, se pudo contar con la actual institucionalidad vigente (Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública).

En la actualidad, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha presentado³² el Proyecto de Ley que crea la Autoridad Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.

Con ello, se pretende fortalecer la institucionalidad vigente y consolidarla como un referente en la materia que une los tres entes actuales (Tribunal de Transparencia, Autoridad de Transparencia y Autoridad de Protección de Datos Personales).

Al margen de las diferencias de opinión sobre algunos aspectos en la conformación y la estructura de la autoridad según el actual proyecto, lo sustancial es que se pretende dotar al órgano garante de mayor fuerza y capacidad presupuestal y funcional para afrontar el reto de avanzar hacia una mayor transparencia y un mejor acceso a la información pública.

Mientras ello se concrete, es necesario que los sujetos obligados generen convicción de la importancia de promover el principio de transparencia y atender debidamente las solicitudes de acceso a la información pública.

Es trascendental que se siga garantizando el trabajo autónomo e independiente del Tribunal de Transparencia y de la Autoridad de Transparencia, a fin de seguir contando con instituciones sólidas.

Es importante que en las universidades se pueda realizar un trabajo intenso respecto de la promoción del derecho de acceso a la información. Una forma para lograrlo es impartiendo cursos sobre esta materia, así como buscar profundizar este tema en los cursos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

³² Proyecto de Ley N° 7870/2020-PE, recibido por el Congreso de la República el 10 de junio del 2021.

Las alumnas y los alumnos deben tomar conciencia y saber que a partir de este derecho se pueden garantizar otros derechos, se puede investigar y se concreta la vigilancia ciudadana que trae consigo la participación y la rendición de cuentas.

IV. Conclusión

El Perú ha logrado importantes avances en el marco normativo del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información. No obstante, recién se ha podido contar con un órgano garante en dicha materia.

El Tribunal Constitucional ha tenido un papel preponderante en plasmar los criterios para que se garantice este derecho fundamental.

En esa línea, el Tribunal de Transparencia, a través de un procedimiento sencillo y un plazo corto para atender los recursos viene posicionándose como el órgano garante a nivel administrativo.

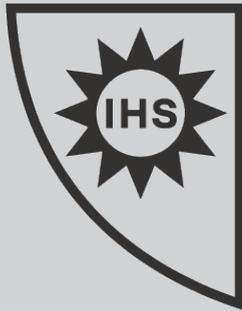
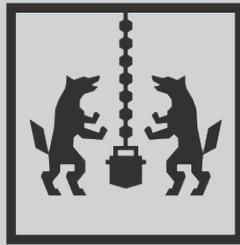
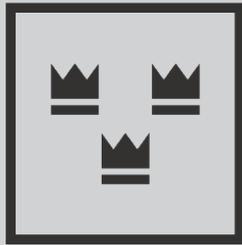
Es importante que se den las reformas pertinentes para fortalecer y consolidar al órgano garante en la materia. Actualmente, son dos unidades las encargadas de velar por este derecho (Tribunal y Autoridad); por ello, es necesaria la unificación, así como el respeto y la protección a su autonomía e independencia.

A través del ámbito académico, es decir, a partir del trabajo en las universidades con los alumnos y las alumnas, se podrá profundizar y trabajar en promover este derecho constitucional.

Referencias bibliográficas

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *Transparencia y Acceso la Información Pública: normativa y jurisprudencia*. Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria. Primera Edición.

Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2020). *Memoria anual 2020*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/2047064-memoria-del-ttaip-2020>



REFLEXIONES SOBRE LA ETAPA PRECIENTIFICA JURIDICA TRIBUTARIA CON MOTIVO DEL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ

Juan Carlos Meléndez Calvo¹

Introducción

Un tema en permanente debate ha sido el método para estudiar el Derecho Tributario aproximado al concepto de ciencia que, en muchos casos, no ha sido sustentado adecuadamente como parte de una problemática del Derecho en general. El tema adquiere especial significancia cuando lo relacionamos a las formas, a los escenarios y a las normas de tributación que mantienen o marcan distancias respecto del sesgo iuspositivista en el que el objeto de estudio son exclusivamente las normas jurídicas.

La celebración del bicentenario de la independencia del Perú ha buscado movilizar a la sociedad y sus instituciones a forjar una ciudadanía dialogante, respetuosa de la diversidad, con reflexión crítica y mayores capacidades de gestar su bienestar y desarrollo (Proyecto Especial Bicentenario de la Independencia del Perú, 2021). La celebración del Año Ignaciano nos motiva a promover una conversión o un quiebre en las perspectivas tradicionales de vida, que replantea objetivos y propone diagnósticos innovadores orientados al servicio de los demás (Fernandez Hart, 2021). Proponemos realizar algunas breves reflexiones acerca de la etapa precientífica de la tributación e identificar aquellos aspectos del pasado que tienen vigencia hasta nuestros días y que siguen siendo temas de estudio e investigación.

La etapa precientífica jurídico-tributaria

Una de las formas de estudiar el Derecho Tributario como ciencia ha sido recurriendo a reconstrucciones históricas de hechos (Nuñez, 2015). Como diversos aspectos y aportes de la historia, mucho se afirma sobre algunas relaciones de conceptos actuales con fenómenos del pasado respecto del concepto de tributo. Es muy importante resaltar que los conceptos tributarios

1 Docente de Derecho Tributario de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

tuvieron un significado propio en cada época (Restrepo, y otros, 2020). En otros términos, existen limitaciones de información acertada, limitaciones lingüísticas, del entendimiento de un cierto sentido del contexto cultural o del uso especializado (Atienza, 2001).

Los conceptos tributarios y sus fuentes histórico-jurídicas deben ser entendidos en el sentido más amplio, dada la intención de reconstruir, analizar y descubrir hechos y sistemas jurídicos que pertenecen al pasado (Basadre Ayulo, 2011). Un recuento de la narración de algunos sucesos del pasado peruano con contenido o aspectos tributarios, con una perspectiva sistémica, puede llevarnos a muy interesantes temas de actualización y debate². La etapa precientífica del derecho tributario estuvo caracterizada por el absolutismo y la arbitrariedad en el establecimiento de los impuestos por la autoridad de turno (Soler, 2020). En otros términos, se hace referencia a regímenes políticos en los que la autoridad tiene un poder absoluto sin alguna limitación jurídica, en calidad de vencedor de guerra y/o, en algunos casos, con atributos divinos. Algunos de los elementos identificados con instituciones o conceptos tributarios de nuestro mundo moderno fueron los siguientes.

Calidad de los sistemas tributarios

Un sistema tributario es un conjunto de tributos vigentes en un país, en un momento determinado (Collosa, 2017). Cuando hablamos de sistema tributario, se hace referencia al conjunto de normas jurídicas que establecen tributos y regulan los procedimientos y otros deberes formales. Como todo sistema, independientemente del contexto histórico, siempre existió un debate entre efectividad y justicia. Existieron debates sobre la calidad de los sistemas tributarios, desde la civilización Sumer, de los problemas de un sistema tributario caótico (Cano, Restrepo, & Villa, 2019). Las demandas de funcionalidad y justicia en su contexto histórico estuvieron presentes ante la falta de articulación con un orden social.

En el antiguo Egipto, se identificaron estrategias de pago de impuestos a pequeña escala, dentro de los límites geográficos de los reinos predinásticos del Alto Egipto, hasta los faraones que crearon un sistema recaudatorio que cubría el conjunto del país, y que se apoyaba en una burocracia especializada

² En algunos casos, se asumirá o deducirá la existencia de un fenómeno jurídico tributario, dada la limitación de fuentes directas, la disparidad de criterios sobre el objeto de estudio y el debate del concepto de derecho como lo conocemos actualmente (González, 1994). Se tratará de identificar la norma, pero en correlación con una realidad, considerando los factores no legales (Lip Zegarra, 2021). Las instituciones y los términos forman parte de un proceso de desarrollo en el tiempo (Unzueta, 2016).

y eficiente (National Geographic, 2021). Respecto de su sistema tributario, se evidenciaba una estrategia segmentada en su territorio, con un equipo especializado de apoyo en la administración de los tributos, y posiblemente una atención por el cambio ante necesidades de gobierno.

En la historia del Perú, se apreciaron diversas situaciones vinculadas a la calidad de los sistemas tributarios, no obstante el eventual cuestionamiento de su categorización como tal. En el incanato, se implementó una estrategia financiera estatal de gran extensión y diversos roles³. Los incas reconocieron realidades locales y regionales, como el caso de los pueblos de la costa norte peruana que contaban con economías más especializadas, interdependientes y contextualmente monetizadas, para cuya supervisión directa los incas estaban mal preparados (D'Altroy, 2018). Se puede deducir un primer nivel de técnica impositiva y proyección de cobertura territorial de la recaudación con otra estrategia de segmentación de la población de contribuyentes.

En la época de la colonia, existía una serie de impuestos ligados al comercio, adicionales al tributo indígena, que servían para enriquecer a la Corona, entre los que cabe destacar la alcabala⁴, el almojarifazgo⁵, la avería⁶ y el quinto real⁷ (Martinez Belmonde, 2016). El sistema tributario se sustentaba en la efectividad, pero en desorden, dada la abundancia de riqueza e injusticia, bajo una perspectiva legal extractiva en favor de las autoridades de los conquistadores. Los excesos económicos de la época del guano en el Perú en la etapa de la República incluyeron la disolución del sistema tributario en el que se dejó de pagar toda contribución, dado

-
- 3 Con grupos en interfaz geográfica entre las tierras controladas y no controladas para realizar trueques que luego se obtenían como tributo. Se implementó un control centralizado, distinguiéndose del dinero plenamente desarrollado, según la extensión territorial del Estado, y el nivel de convertibilidad o intercambio. Los bienes se valoraban según durabilidad y su capacidad de ser transportadas. Los incas no tuvieron una gran población urbana en su capital ni tampoco podían mover productos a granel a través de grandes distancias, sin embargo, sus conquistas pusieron a su disposición el trabajo de millones de trabajadores, extensiones de tierras cultivadas y pastizales, y la riqueza mineral de los Andes.
 - 4 Estaba ligada a todas las operaciones de compraventa. Consistía en el 2 % a excepción de los productos indígenas que no gravaban con ningún impuesto. La tasa subió al 4 % y posteriormente al 6 %, debido a las reformas borbónicas, pero gracias a las protestas de los indígenas volvió a establecerse en un 4 %.
 - 5 Sobre las aduanas recaía un impuesto que consistía en el pago de entre el 2,5 % y el 7 % de los productos que entraban y salían del virreinato.
 - 6 Consistía en la creación de un fondo destinado a la flota que se encargaba de proteger las embarcaciones en las rutas comerciales.
 - 7 Impuesto colonial que atribuía al monarca el derecho de quedarse con la quinta parte (20 %) del total de la producción minera en el territorio americano. Una vez que Potosí decayó en el siglo XVIII, este impuesto se redujo al 10 % (diezmo).

que se tenía demasiado dinero por un solo concepto: el guano fue un punto de inflexión de este desorden y esta perspectiva extractiva al mostrarse desinterés por seguir recaudando otros tributos (Zapato, 2021).

Tributación en tiempos de paz y guerra

Históricamente, los gobiernos a menudo han establecido impuestos específicamente para pagar por la guerra, pero con mecanismos para que los fondos se mezclen en un fondo general (SEMANA, 2020). El impacto de la situación de paz y guerra se evidenció en la antigua Grecia, en la cual se consolidó el concepto de contribución o aporte ciudadano a gastos colectivos en tiempos de paz, dado que, en períodos anteriores, el tributo no constituía un concepto estable y era una consecuencia del sometimiento de los vencidos a los vencedores (Benitez Rivas, 2008). La defensa del territorio o una política expansionista se convirtieron en necesidades públicas objeto de financiamiento con tributos. Existen referencias de la misma antigua Grecia de que, en el enfrentamiento con Persia, el fondo privado de guerra al parecer era una modalidad de financiamiento no sustentada en imposición directa, sino en el gasto, resultó inadecuado y, en el 478, como Atenas aceptó dirigir una alianza para destruir el poder naval persa, se adoptó un método de financiamiento directo de guerra (Pritchard, 2017).

Los gastos militares han sido un importante componente del gasto, en lo que corresponda esa analogía, desde la época preinca (Castillo Butters & Uceda Castillo, 2007). Existieron diversos escenarios bélicos, algunos relacionados con la necesidad de la población de organizarse para su defensa, que obligaban a los humanos a asociarse y organizarse para alcanzar su anhelada protección y resguardo (Haas, Creamer, & Ruiz, 2004). Muchos años después, en la época republicana del Perú, con motivo del gran apogeo económico con el guano y la situación de bancarrota nacional en que se afrontó la guerra con Chile, quedó evidenciada la necesidad de un sistema tributario acorde a las demandas de periodo de guerra (Zapato, 2021).

Normas mandatorias religiosas y de poder

En la investigación académica desde las ciencias sociales sobre el Perú contemporáneo, las relaciones de poder son materia de estudio, a partir del poder económico, político, religioso, de autoridades y del sector privado (Morel, Trivelli, Vasquez, & Mendoza, 2020). Este fenómeno social como objeto de investigación no necesariamente ideológico estuvo presente desde la época preinca, si consideramos que el poder de imponer tributos se

sustentó en normas mandatorias entre los grupos étnicos (Basadre Ayulo, 2011). La organización social en las primeras civilizaciones posiblemente estuvo sustentada, en muchos casos, con una motivación religiosa, como fue en el caso de los mochicas, según lo mostrado desde sus templos, que implicaba el requerimiento de grandes cantidades de recursos, como una forma de contribución por el bien común (Castillo Butters & Uceda Castillo, 2007).

Durante la Edad Media, en Europa, el tributo fue la consecuencia del sometimiento de los súbditos a los señores, incluso cuando se consolidaron los Estados nacionales con fines absolutistas, situación que se mantuvo hasta la Revolución francesa (García, 2009). Es importante reconocer que detrás del sistema tributario existía una relación de poder o poderes, la cual fue transformándose y evolucionando según las características particulares de cada sociedad.

El sistema tributario en la colonia estuvo focalizado en el poder de imponer tributos al indígena en conflicto entre conquistadores y la Corona, que se complementaba con la imposición con el tiempo otros tributos (Escobedo Mansilla, 1979). El poder del conquistador era el sustento de la tributación focalizado en el indio, que estaba sometido a la explotación y al tributo, fruto del vasallaje ante la invasión española, con una serie de obligaciones personales (Cajias de la Vega, 2005). Lo que, en términos actuales, sin duda, era una situación injusta y de explotación, en la época, se consideraba parte de la cosmovisión de conquista. Salvo escasas excepciones, se consideraba justo que los indios que se pacificaron y redujeron a la obediencia y al vasallaje de los conquistadores, les sirvan y den tributo en reconocimiento del señorío y del servicio como súbditos (De Leon Pinelo & De Solórzano, 1680)⁸.

La estabilidad en el poder ha sido un factor significativo para la eficiencia del sistema tributario. Al inicio de la República, el Perú se sumergió en un período de caos por el poder, en donde el tema de las aduanas guardó relación con las nociones de libre cambio y proteccionismo, que pugnaban por una baja o alta tasa aduanera para estimular o proteger el intercambio con el exterior, con la prolongación de la contribución indígena (Zapato, 2021). Las variables de poder económico aparecieron como uno de los factores vigentes en las siguientes etapas de la historia, en la evolución de los sistemas tributarios en el mundo.

8 El tributo indígena subsistió en lo estructural durante 300 años, hasta que fue el gran mariscal Ramón Castilla quien lo suprimió como una histórica medida que cerró el estigma del colonialismo español y que marcó un punto de inflexión en la historia política del Perú, en Ayacucho el 5 de julio de 1854 (Congreso de la República del Perú, n.d.).

Rol de la fuerza laboral

La fuerza laboral siempre cumplió un papel importante en la efectividad del sistema. Las prestaciones tributarias se implementaban con fuerza de trabajo en un escenario de cooperación laboral desde la época preinca (Adams, 2000). Desde antes de que existiera el concepto de moneda, los bienes y la fuerza de trabajo fueron los mejores mecanismos de intercambio en los sistemas tributarios de las civilizaciones más avanzadas de la historia antigua. El Imperio incaico actualizaba sus recursos y productos extrayendo impuestos en trabajo de unos dos millones de tributarios con objetivos de redistribución, considerando que los obligados entregaban trabajo y pericia, el Estado recibía servicios y bienes, y las instituciones centrales desembolsaban suministros, alimentos, hospitalidad comunal, favores y poder (D'Altroy, 2018). Cuando ocurrió un cambio de perspectiva con motivo de la conquista española, en el caso de las distribuciones territoriales denominadas "encomiendas" de la colonia, se establecieron tributos a partir de la utilización de fuerza de trabajo, que aprovechaban la herencia de la cosmovisión inca, y se obligaba a dar cierta parte de la producción personal o de la comunidad al Estado mediante la entrega de bienes o la fuerza de trabajo ligados al parentesco, y basadas en el ayllu, donde se explotaba la mano de obra y productiva indígena (Martinez Belmonde, 2016)⁹. Con el tiempo, el trabajo siguió siendo valorado como un recurso, pero no necesariamente para los términos de intercambio tributario, sino por su capacidad contributiva, con una problemática por resolver con respecto a los mínimos aceptados como niveles de subsistencia y la justicia de su imposición, frente a la problemática del empleo y de la coexistencia de informalidad laboral.

Liderazgo de Élite

Las mayores capacidades y conocimiento fueron elementos distintivos en la forma de administración de los gobiernos y los recursos públicos. La realidad histórica que existió en el territorio antes del Tahuantinsuyo fue de una pluralidad de culturas, con niveles de complejidad social distintos, pero con

⁹ En la encomienda, se entregaba de un determinado número de nativos a un español que pasaría a hacerse cargo de ellos. La entrega de indígenas al encomendero supuso la protección de los nativos de las guerras, la instrucción del idioma español y de fe católica y, en contribución, los indígenas debían tributar en forma de trabajo o bienes, con una diferencia mínima con la esclavitud, y facultando el castigo y la ejecución en caso de resistencia.

sistemas sociales que canalizaban recursos para fines comunes, liderados por los segmentos con capacidades en materia de planeamiento económico y control de los recursos, con interacciones políticas que influyeron en la forma de tributación (Castillo Butters & Uceda Castillo, 2007). Desde el período preinca, el poder de imponer tributos se originó en el liderazgo de ciertas élites, con diversos niveles de integración social y territorialidad, basados en actividades económicas que pasaron de la supervivencia colectiva a la especialización en agricultura, ganadería, alfarería, arquitectura, entre otros (Hampe Martinez, 2000).

El poder de imposición de tributos en el incanato probablemente se ejerció bajo el reconocimiento de la fuerza de una autoridad inca con una versión evolucionada de normas mandatorias, pero existía liderazgo de élites y que provisionaba seguridad, con una perspectiva de organización económica y política más elaborada que la existente en la gran población, independientemente de su estadía como derecho incaico o pre-derecho (Del Solar, 2008). Las poblaciones andinas no tenían el concepto de economía moderna que se tiene actualmente, ni el concepto de capital, de mercado, ni dinero, y operaba sobre la base de vínculos entre posición social y relaciones económicas, legitimadas por un imperativo moral (Shimada, 2018). Sin embargo, siempre existía un segmento que comprendía de mejor manera la lógica económica en su expresión más sociológica.

Reformas Tributarias en escenarios de conflictos

Se sostiene que la primera reforma social empezó en Sumer, que significó la primera reforma tributaria en favor del pueblo, en una civilización sumeria, con grandes invenciones que, al ser dominada por los acadios, originó el empobrecimiento de sus habitantes, por una exagerada carga tributaria (Cano, Restrepo, & Villa, 2019). Cualquier modificación del sistema tributario existente suponía una modificación de cargas económicas para algunos en beneficios de otros, en el escenario de un conflicto de poderes e intereses.

En la época de la colonia española en el Perú, surgieron corrientes contrarias reformistas a las prácticas abusivas que sufría el indio, evidenciadas por las denominadas Leyes Nuevas de 1542, que intentaron suprimir la "encomienda" (Cajias de la Vega, 2005). En 1570, con la llegada del Virrey Toledo al Perú, se inició una política definitiva en relación con el régimen tributario, cuyo objetivo era establecer la reducción y las tasas generales de los indios peruanos, con criterios uniformes, pero tomando en cuenta las peculiaridades de cada región, especialmente en cuanto a su riqueza y a su producción (Escobedo Mansilla, 1979). La propuesta de modificación del

sistema tributario existente suponía una modificación de cargas económicas para los beneficiarios de la “encomienda” no necesariamente en beneficio de los indios, sino en un escenario de un conflicto de poderes e intereses de los conquistadores y la Corona.

El sistema tributario colonial fue objeto de permanentes conflictos como consecuencia de la conquista, y entre los encomenderos y la política centralista de la Corona, porque los conquistadores querían mantener un poder autónomo y vitalicio; en cambio, la Corona buscaba implantar una burocracia directamente controlada por los organismos metropolitanos (Escobedo Mansilla, 1979). Había una preocupación por el dominio de los mejores repartimientos, la necesidad de tasación de tributos por áreas, con la resistencia de los conquistadores para apropiarse de caciques, pueblos e indios en general con el pretexto de castigar levantamientos indígenas (Salles & Noejovich, 2013)¹⁰. El fenómeno de conflicto frente a propuestas de modificación del sistema tributario permaneció en el tiempo, durante las siguientes etapas de la historia, con diferentes actores y contextos.

La segunda etapa precientífica jurídico-tributaria

La potestad tributaria es una atribución que detenta el Estado de imponer y cobrar tributos para el cumplimiento de sus fines propios, es materia de cuestionamiento según lo evidencian acciones interpuestas ante los tribunales constitucionales, debido a la polémica sobre sus límites. La potestad tributaria del Estado es un mecanismo político-institucional especialmente atractivo para intervenir en la vida social y privada de los individuos, dado que su utilización es menos resistida que otras formas, tales como las expropiaciones, las prohibiciones y otras limitaciones (Ribera, 2016). Su presencia a lo largo de la historia es una constante, con raíces en civilizaciones antiguas, con diversos contextos y características. El cambio

10 Con el transcurso del tiempo, se implementó un sistema mixto para el tributo, en el cual algunos repartimientos continuaron bajo el sistema de encomienda y otros fueron incorporados a la Corona, con una enorme inestabilidad, con la continuación de abusos de los encomenderos, tasaciones excesivas y conflictos entre las autoridades reales, que buscaban una rebaja del tributo, y los encomenderos, que propugnaban un aumento de estos (Cajias de la Vega, 2005). El intento de supresión del otorgamiento de encomiendas y reversión a la Corona por muerte del beneficiario por razones económicas y políticas generó sublevaciones exitosas, que revocaban la Ley y volvían a la situación anterior a las Leyes Nuevas (Salles & Noejovich, 2013). Las bases impuestas por la reforma toledana sufrieron modificaciones, pero no cambios sustanciales, dado que el concepto de tributo, el monto de las tasas, la administración y las categorías de tributos continuaron bajo la misma estructura (Cajias de la Vega, 2005).

fundamental fue que ya no estaría sustentada en el arbitrio de la autoridad, sino en el reconocimiento de derechos fundamentales y la existencia de un Estado de Derecho.

Con la Declaración de Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, se sentaron las bases del Estado de Derecho y se establecieron los principios que constituirán la base de la legitimidad de una nueva sociedad (Soler, 2020). Gracias a la Revolución francesa de 1789, tenemos una perspectiva de Estado moderno, con una maquinaria administrativa con objetivos y medios para cumplir con el rol de dirigir a una determinada sociedad (García, 2009). En función del principio de soberanía popular, se implementó que sea el Parlamento, como representante del pueblo, el que debía autorizar el cobro de los impuestos cuya creación se fundamenta en la contraprestación que se paga por los beneficios que el Estado otorga y que son inherentes a la existencia de una asociación política (Soler, 2020). Detrás de las formalidades de un sistema democrático y legal, permanece constante una serie de fenómenos sociales presentes a lo largo de la historia, que influyen en el resultado final de la materia impositiva.

El concepto de Estado de Derecho generó una corriente de movimientos teórico-jurídicos del ser y el hacer del derecho tributario como una de las formas de estudiar el Derecho como ciencia (Nuñez, 2015). El concepto de ciencia del Derecho Tributario como disciplina jurídica se vinculó a las teorías desarrolladas acerca del Estado de Derecho, el interés de los mercantilistas y los fisiócratas por las reglas que debían regir a la imposición, y los estudios realizados por Adam Smith (Soler, 2020). Se focalizó en los asuntos relacionados a las actividades comerciales de los agentes privados, quienes creaban la riqueza económica (Barco, 2009). Sin embargo, en torno a esta dinámica teórico-jurídica, existe una serie de fenómenos culturales, relevados y relacionados a partir de una perspectiva multidisciplinaria, que no pueden mantenerse al margen de un enfoque científico, con el riesgo de cuestionarse su estricta naturaleza dogmática jurídica.

Las preocupaciones científicas acerca del ingreso tributario se consideraron en algún momento propias de la actividad política y de la gestión pública, y quedaron relegadas a un segundo plano las consideraciones jurídicas en este fenómeno financiero por influencia de doctrina alemana (Ruiz de Castilla & Robles, 2013). La actividad financiera del Estado se consolidó como un proceso de ingresos y egresos públicos que, como fenómeno, es estudiado por diferentes ciencias, como la economía y el derecho (García, 2009). La perspectiva de estudio de las normas jurídicas que reguló el ingreso tributario fue articulada eficientemente con la dogmática jurídica tributaria (Bravo, 2009). Fue recién a fines del siglo XIX, en que operó una primera especialización de la ciencia jurídica tributaria, dado el estudio de

las instituciones financieras desde un punto de vista económico, jurídico y administrativo (Gonzalez & Lejeune, 2003).

Conclusiones

Existen fenómenos tributarios transversales y permanentes en el tiempo, cuya realidad debe ser evaluada con motivo de cada nuevo episodio de reforma tributaria: la calidad de los sistemas tributarios, los escenarios de conflicto y paz, la influencia de las diversas manifestaciones de poder, el rol que cumple la fuerza laboral en el sistema, las características de los líderes de gobierno y su legitimidad, los conflictos que genera todo intento de reforma tributaria, los debates que siempre generan el ejercicio del poder tributario, no obstante los principios tributarios como limitantes.

Los sistemas tributarios en la historia responden a una realidad temporal y cultural, con una concepción de la necesidad de obtener recursos, en algunos casos como consecuencia de estados de dominación y posteriormente con el enfoque de solventar las necesidades de la comunidad y de sus gobernantes. El surgimiento de una ciencia jurídico-tributaria ha dejado vigente el debate de la existencia o no de valores superiores supraconstitucionales, lo que está relacionado con las dos teorías jurídicas enfrentadas: iusnaturalismo o iuspositivismo.

La ciencia jurídica tributaria surge ahora en un escenario de Estado de Derecho con una vocación de desarrollar el ser y el hacer del derecho tributario como disciplina jurídica no necesariamente dependiente de las necesidades de recursos tributarios. Existen, en la actualidad, interacciones con otras ramas del Derecho, y con otras ramas del conocimiento humano. Con las reflexiones del pasado, surgen nuevos planteamientos epistemológicos y ontológicos, orientados a una perspectiva jurídica menos dogmática y más multidisciplinaria para confrontar la realidad.

El crecimiento de la economía acaecido durante el siglo xx y el nuevo rol intervencionista del Estado, luego de las dos grandes guerras y las crisis económicas que sobrevinieron, derivaron en una paulatina necesidad de recursos tributarios y, con ello, la creación de nuevos impuestos que elevaron la presión fiscal. Las etapas posteriores de la historia han cambiado varios paradigmas de manera sucesiva en varios sentidos y versiones, ahora más globalizados, que conviven con una realidad tecnológica y digital, y con grandes retos sanitarios. Corresponde ahora aprender de los temas transversales de la historia, articular la ciencia jurídico-tributaria con el conocimiento científico, fundamentalmente multidisciplinario respecto del conocimiento humano, pero fundamentalmente humanista.

Referencias bibliográficas

- Adams, R. (2000). *Las antiguas civilizaciones del Nuevo Mundo*. Barcelona: Crítica.
- Atienza, M. (2001). *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Basadre Ayulo, J. (2011). *Historia del Derecho Universal y Peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- Basadre Grohmann, J. (2012). *Los Incas y el poder de sus ancestros*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Borges Quintanilla, H. (17 de junio de 2018). *Universidad Alberto Hurtado: Facultad de Economía y Negocios*. Obtenido de Tributación: Herramienta estratégica para lograr bienestar social y equidad: <https://fen.uahurtado.cl/2018/noticias/tributacion-herramienta-estrategica-para-lograr-bienestar-social-y-equidad/>
- Cajias de la Vega, F. (2005). *Oruro 1781: Sublevación de Indios y Rebelión Criolla*. La Paz: Institut français d'études andines.
- Castillo Butters, L., & Uceda Castillo, S. (2007). *Handbook of South American Archaeology*. Obtenido de Los Mochicas de la Costa Norte del Perú: <http://sanjosedemoro.pucp.edu.pe/descargas/articulos/Loscostanorte.pdf>
- Collosa, A. (octubre de 2017). *CIAT Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*. Obtenido de Sistemas Tributarios y Reformas Tributarias. Algunas Ideas del Tema: <https://ciat.org/sistemas-tributarios-y-reformas-tributarias-algunas-ideas-del-tema-parte-1/>
- Congreso de la República del Perú. (s.f.). *El Herald*. Obtenido de Por el Gran Mariscal Ramón Castilla recuerdan supresión del tributo indígena y abolición de los negros: <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2/6562FB5593FED26905256EC80076CoC6/?OpenDocument>
- D'Altroy, T. (2018). El régimen fiscal inca. *Economía*, 125-164.
- De Leon Pinelo, A., & De Solórzano, J. (18 de mayo de 1680). *Recopilación de leyes de los Reinos de Indias*. Obtenido de Congreso de la República del Perú: https://leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.aspx
- Escobedo Mansilla, R. (1979). *El tributo indígena en el Perú (siglos xvi y xvii)*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra.
- Fernandez Hart, R. (21 de mayo de 2021). *Noticias y Publicaciones*.

Institucional. Obtenido de Inicio del Año Ignaciano: Memoria, transformación y compromiso: <https://www.uarm.edu.pe/noticia/inicio-del-ao-ignaciano-memoria-transformacin-y-compromiso/>

Gonzalez, M. (1994). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de La Historia del Derecho: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/download/3143/2943>

Haas, J., Creamer, W., & Ruiz, A. (2004). Dating the Late Archaic occupation of the Norte Chico region in Peru. *Nature* 432, 1020-1023.

Hampe Martinez, T. (2000). *Culturas prehispánicas*. Barcelona: Lexus.

Lip Zegarra, J. (28 de julio de 2021). *ITA US ESTO Revista de Estudiantes*. Obtenido de ¿Es posible hablar de Derecho prehispánico?. Un especial análisis al Derecho incaico: <https://www.itaiusesto.com/index.php/inicio/article/view/12>

Martiré, E. (1977). *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Prats Cuevas, J. (21 de junio de 2007). *Escuela*. Obtenido de Entrevista: http://www.ub.edu/histodidactica/images/documentos/pdf/historia_necesaria_formar_personas_criterio.pdf

Proyecto Especial Bicentenario de la Independencia del Perú. (2021). *Bicentenario Perú 2021*. Obtenido de <https://bicentenario.gob.pe/cultural/>

Unzueta, C. (2016). *Para una teoría de la Historia del Derecho*. Concepción: Atenea.

Von Bertalanffy, L. (1976). *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*. Mexico: https://es.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_de_sistemas#:~:text=Fondo%20de%20Cultura%20Econ%C3%B3mica.

Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Marilyn Aróstegui León¹

Introducción

La conmemoración de los 200 años de la independencia del Perú constituye una valiosa oportunidad para reflexionar sobre la realización de los derechos humanos, especialmente de aquellos vinculados al derecho de acceso a la justicia.

Ciertamente, el contexto de la pandemia de la COVID-19 ha brindado un sentido de urgencia a dicha reflexión. Son claros sus efectos en las vidas de las personas y en el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo cual nos convoca y —por qué no decirlo— nos obliga a repensar cómo el sistema de administración de justicia ha ido funcionando en todo este tiempo y sobre lo que necesita para ser más eficiente.

En el tema que nos corresponde, es notorio el impacto ocasionado por esta situación al trato directo que caracteriza a la conciliación extrajudicial, es decir, de persona a persona, para la solución de los conflictos que les atañe. Como lo menciona Pereira (2015), en el caso judicial, la intermediación es entendida como la comunicación y el contacto directo entre el juez y las partes del proceso que brindan una dimensión adicional a los diversos problemas que afrontan los servicios de administración de justicia, los cuales repercuten en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía.

En tal sentido, la implementación de los denominados métodos alternativos de solución de conflictos —yo diría más bien métodos complementarios— representa una opción moderna, célere y dinámica para que las y los ciudadanos accedan a la justicia, pues no solo se justifica en la necesidad de contribuir a liberar parte de la enorme carga procesal con la que cuentan los juzgados, sino supone, además, un importante cambio de

1 Docente de la carrera de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

paradigma que contribuye positivamente a nivel cultural en la realización del derecho a acceder a la justicia, a partir de un concepto amplio de este.

Entre estos métodos, la conciliación extrajudicial cobra una especial importancia por su naturaleza consensual en la toma de decisiones que ponen fin a un conflicto y el valor que la ley otorga al acto en el cual se plasma el acuerdo entre las partes. Por ello, es fundamental el rol que cumple el Estado para promover su empleo, por un lado, a través del bagaje normativo que reconoce su institucionalidad y, por otro, la prestación directa de los servicios de los centros de conciliación extrajudicial gratuitos y, al mismo tiempo, para supervisar el funcionamiento de centros de conciliación extrajudicial privados. En esa medida, al igual que los servicios de administración de justicia tradicionales, los impactos de la pandemia de la COVID-19 han incidido en el normal desarrollo de estos servicios que afectan el derecho de acceder a una justicia alternativa ágil, con mayor razón en tiempos bastante críticos y que requieren un sentido de urgencia a la atención de los derechos de las personas.

En ese sentido, mediante el presente artículo, se abordan aspectos relacionados con la importancia de contar con mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, específicamente sobre la conciliación extrajudicial, sus características, los impactos de las medidas que adoptan para mitigar los efectos de la pandemia de la COVID-19 sobre dicho servicio, las acciones o los arreglos institucionales llevados a cabo para reducir o revertir sus impactos, así como los retos para el Estado para el fortalecimiento de la conciliación como medio para promover una cultura de paz y garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia efectiva.

1. Algunos problemas que limitan el acceso a una justicia rápida y oportuna en el Perú

Cuando entre dos o más personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que puedan satisfacerlas (Carnelutti, 2003, p. 30., como se citó en Moreno, 2011), estamos hablando de la existencia de un conflicto. Como sabemos, la vida en sociedad conlleva ineludiblemente al surgimiento de conflictos entre sus miembros y, durante la pandemia de la COVID-19, no ha sido ajena a ellos. Por eso, la solución de estos conflictos resulta fundamental para mantener el orden y la paz social.

Ahora bien, los conflictos pueden solucionarse mediante la i) autodefensa, ii) la autocomposición y iii) la heterocomposición. En nuestro ordenamiento jurídico, la regla es la proscripción de la autodefensa, pues es el Estado el que ostenta el monopolio del uso de la fuerza. La contrapartida de este

monopolio es el deber del Estado de brindar tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos que lo requieren. Como señala el profesor Andrea Proto Pisani, “que la jurisdicción estatal, y el correlativo derecho o poder de acción, representan la contrapartida a la prohibición de la autotutela privada” (citado en Priori, 2003, p. 275).

En ese sentido, como se desprende del artículo 138° de la Constitución Política del Perú, el Estado tiene el deber de administrar y garantizar justicia a las ciudadanas y los ciudadanos que solicitan para proteger sus derechos. Este deber no puede ser cumplido de cualquier forma, pues la tutela que brinda el Estado a través de los mecanismos idóneos y disponibles debe ser, como indica el artículo 139° de la Constitución, efectiva.

Sin embargo, como lo señala el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia 2021- 2025 (Minjusdh, 2021, p. 26), el principal problema público que afronta la administración de justicia es su funcionamiento insatisfactorio para proteger los derechos de quienes recurren a dicho servicio, el cual se encuentra vinculado, entre otros, a la demora de los procesos judiciales y la limitada protección de los derechos de los justiciables que alude a las difíciles condiciones de acceso a la justicia.

Desafortunadamente, el mencionado problema público socava profundamente la institucionalidad y la vigencia del Estado de Derecho. Según el ránking mundial que califica como más débil o fuerte la adhesión al Estado de Derecho, diversos indicadores dan cuenta de las debilidades de nuestro sistema. Entre las calificaciones más bajas relacionadas con la justicia civil, se encuentran las referidas a la alta demora, la corrupción y su poca aplicación efectiva (Minjusdh, 2021, p. 29).

Otro aspecto que, lamentablemente, ensombrece el importante rol que juega el sistema de justicia es la desconfianza de la ciudadanía sobre el trabajo de las autoridades que lo representan. Según el Latinobarómetro 2020, en el Perú, existe una alta percepción de injusticia en el acceso al derecho a la justicia, con un 89 % (p. 47). Del mismo modo, según los resultados de la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos, el 76 % de la población considera que el Estado peruano —como principal garante para el ejercicio de los derechos ciudadanos— poco o nada hace para garantizar el derecho de acceso a la justicia de los peruanos (Minjush, 2020, p. 118).

Si bien en los últimos años se perciben avances en la modernización del sistema de justicia, los problemas antes mencionados plantean un conjunto de retos y medidas concretos para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia, parte de ellas consideradas en la citada política pública de Reforma del Sistema de Justicia 2021- 2025, instrumento de política pública resultado de un consenso promovido por el Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.

En concreto, para problemas ampliamente conocidos y estudiados que limitan el acceso a una justicia rápida y oportuna, por tanto, se necesitan dar algunas soluciones rápidas, cercanas y democratizadoras —además de otras— para que las partes involucradas en un conflicto tengan la posibilidad de utilizarlas y consensuar soluciones que luego puedan ser exigibles legalmente.

2. La necesidad de contar con mecanismos alternativos de resolución de conflictos para garantizar el derecho de acceso a la justicia

Además de los intentos de reforma del sistema de justicia que hemos descrito en el acápite anterior, desde hace más de dos décadas, se viene promoviendo a la conciliación extrajudicial como un método alternativo de resolución de conflictos y una forma de afrontar las barreras que existen en nuestro país para el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, aún los esfuerzos son insuficientes, ya que no han alcanzado una amplia difusión y confianza en la población, y tampoco se han impulsado medidas eficaces para lograr su tan deseada institucionalización.

Con fines del presente artículo, los medios alternativos de resolución de conflictos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas pueden resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención de un tercero jurisdiccional. Asimismo, la práctica permanente de los métodos alternativos promueve una solución más democratizadora.

Su importancia radica en que constituyen formas de solucionar controversias de manera consensual o por requerimiento. Los protagonistas de un conflicto, ya sea al interior del sistema judicial o en una etapa previa, concurren legítimamente ante terceros a fin de encontrar la solución de este a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos (Comisión Andina de Juristas, 2001).

Un buen sistema de resolución de conflictos será más eficiente en tanto y cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas (Sotelo, 2011, p. 62). Esa satisfacción que las partes logran al solucionar directamente sus conflictos es una de las mejores que nos brindan los métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que, a diferencia de lo que sucede cuando se emite una sentencia, existe la posibilidad de que ambas partes se despidan amistosamente.

Adicionalmente, estos se constituyen como un aporte estructural relevante y marcan una orientación revalorizante en la función social de

la justicia como garantía de la convivencia pacífica. (OEA, 2001, p. 7). En experiencias comparadas, como la Constitución Política de México, su artículo 17 establece como un derecho humano el acceder a los métodos alternativos de resolución de conflictos.

En la experiencia peruana, la reflexión sobre la necesidad de promover el empleo de estos mecanismos se remonta al documento “Nuevas perspectivas para la reforma de la administración de justicia” de 1994, elaborado por la Comisión de Reestructuración de la Administración de Justicia en el Perú del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ceriajus) que consideró, dentro de ocho aspectos de relevancia, a sistemas alternativos de administración de justicia.

Es así como, entre los diversos métodos alternativos para la solución de conflictos existentes, se impulsa la implementación de la conciliación como uno especialmente llamado a resolver los problemas de carga procesal de la administración de justicia. Desde la publicación de la “Ley de conciliación”, Ley 26872, el 13 de noviembre 1997, el derrotero seguido ha permitido desarrollar un conjunto de medidas para su impulso, no solo para aligerar la carga de los órganos de administración de justicia, sino para brindar alternativas en la resolución de conflictos que afrontan las y los ciudadanos.

Vale considerar la trascendencia de las bondades de los métodos alternativos de resolución de conflictos y —en especial— de la conciliación extrajudicial. No obstante, también corresponde reconocer que pese a su reconocimiento legal e institucional existe una escasa legitimación social y cultural, y se estiman insuficientes o inexistentes los esfuerzos por definir e implementar políticas y programas nacionales para promocionarlos como su incorporación a los planes o los currículos obligatorios en la formación básica escolar o universitaria (OEA, 2001, p. 10).

Por ello, es necesario buscar la mejor fórmula o sistema que permita hacer frente a los conflictos en nuestra sociedad y ahí aparecen los métodos alternativos de resolución de conflictos, con la finalidad de que las propias partes sean las que tomen la decisión de poner fin a la controversia. He ahí la imperiosa necesidad de potenciar la práctica de la conciliación extrajudicial y, a la vez, complementarla al sistema judicial y que la población pueda alcanzar la solución a sus conflictos en tiempos expeditivos.

3. La conciliación extrajudicial y su reconocimiento normativo

Los presupuestos constitucionales que establecen la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado cuentan con una vigencia relativa en un país como el nuestro, donde finalmente la realidad social se enfrenta con el sistema normativo y lo trasciende. Es así como,

entre los métodos alternativos de resolución de conflictos, se ha impulsado la conciliación mediante la implementación de un marco normativo específico destinado a otorgarle mayor categoría y efectividad.

Debido a su importancia, la Ley N° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la conciliación extrajudicial como mecanismo alternativo de solución de conflictos. La justificación brindada por el legislador para ello fue la descongestión de la carga procesal de los tribunales, así como la mayor celeridad en la resolución de las causas y contiendas, lo cual en el tiempo de su implementación ha cobrado o por lo menos debería cobrar una mayor relevancia por sus grandes ventajas a nivel económico, de tiempo y flexibilidad.

La conciliación extrajudicial, como señala Marianella Ledesma, descansa sobre el concierto de voluntades de las partes involucradas en un conflicto, es decir, es un medio que suministra el ordenamiento jurídico para la autodeterminación de las partes, a fin de lograr un efecto práctico tutelado por el Derecho en la solución del conflicto.

Así lo reconoce el artículo 3° de la Ley de Conciliación, su carácter consensual y, por ende, la preminencia del principio de autonomía de la voluntad. Es decir, que la solución de un conflicto de intereses sea resuelta sin acudir a un órgano jurisdiccional; por tanto, sea consecuencia del empleo de la voluntad de los sujetos, cuya decisión será vinculante entre las partes (Pinedo, M., 2017).

De esta forma, la institucionalización de la conciliación pretende poner al alcance de la ciudadanía e incentivar el empleo de otra forma de resolución de controversias distinta de la vía jurisdiccional como parte de la promoción de una cultura de paz y también como parte de una noción más amplia y abarcadora del concepto de justicia. Así su reconocimiento como institución jurídica es plasmada en la Ley N° 26872 y reglamento, el Decreto Supremo N° 014-2008-JUS y modificatorias.

Nuestro estudio está centrado en la implementación efectiva de la conciliación extrajudicial. Además, como parte de una política pública que el Estado se encuentra en la obligación de promover para el acceso a servicios conciliatorios, ya sea implementando centros de conciliación extrajudicial públicos o supervisando a aquellos centros privados donde se prestan estos importantes servicios, y otros centros de formación de conciliadores.

Es importante recordar que el modelo conciliatorio peruano, en el artículo 6° de la Ley 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, incorpora la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en algunas causas o materias, previamente a la interposición de una demanda judicial; de lo contrario, el juez competente para calificar la demanda la declarará improcedente por falta de interés para obrar. Esta característica es importante, dado que, si el

Estado no cumple cabalmente su responsabilidad de promover espacios a los que las partes puedan acudir para iniciar un procedimiento conciliatorio y que estos sean económica y geográficamente accesibles, se estaría restringiendo u obstaculizando el derecho de acceso a la justicia, pues esta obligatoriedad podría constituirse en un óbice para la activación del aparato judicial que ampare la tutela jurisdiccional efectiva.

En esa medida, también será importante contar con la disponibilidad de conciliadores extrajudiciales debidamente formados en las materias específicas de conciliación para cumplir un rol activo en la resolución del conflicto. Además, cabe recordar que los resultados de la conciliación quedan expresados en un acta que da cuenta de los acuerdos alcanzados, sean totales o parciales o, en caso de no acuerdo, así como la incomparecencia de una o de ambas partes a la audiencia única o en otros casos que el propio conciliador puede concluir este procedimiento por causas debidamente motivadas. Finalmente, esta acta de conciliación tiene el respaldo y el reconocimiento pleno de cosa juzgada, la cual otorga a la conciliación extrajudicial un carácter privilegiado.

4. La pandemia de la COVID-19 y los arreglos institucionales implementados para el funcionamiento de la conciliación extrajudicial

El primer caso positivo de COVID-19 en el Perú fue confirmado el 6 de marzo de 2020 y este hecho marcó el inicio de un contexto complejo para el país, dado el impacto y la afectación profunda a la vida y la salud de miles de personas. Según cifras oficiales, al mes de octubre de este año, más de dos millones doscientas mil personas se contagiaron con este virus y doscientas mil personas fallecieron.

Como en otros países, el Perú adoptó un conjunto de medidas, con el Decreto Supremo N° 008-2020-SA de 11 de marzo de 2020 se declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional y con ello se dictaron las primeras medidas de prevención y control de la COVID-19, entre ellas, medidas restrictivas a la libertad de tránsito y la paralización de la mayoría de las actividades económicas, lo que impactó negativamente en la vida y el sostenimiento económico de las personas.

En el ámbito de la administración de justicia, el 17 de marzo de 2020, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso la suspensión de las labores del Poder Judicial en acatamiento del estado de emergencia nacional y la suspensión de los plazos procesales. En el ámbito administrativo, con el Decreto de Urgencia N° 026-2020-PCM de 15 de marzo de 2020, su segunda disposición complementaria final estableció la suspensión por treinta (30)

días hábiles del cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos, posteriormente ampliada hasta por tres veces más.

Bajo dicho marco, como otros servicios, el funcionamiento de los centros de conciliación extrajudicial y los procedimientos a su cargo se vieron afectados. Luego de esta paralización, las actividades jurídicas fueron comprendidas durante la segunda fase de la reanudación económica, según lo previsto por el Decreto Supremo N° 101-2020-PCM del 4 de junio de 2020, entre ellos, los servicios que brindan dichos centros de conciliación, bajo estrictas medidas de prevención y bioseguridad de acuerdo con las normas especiales del Ministerio de Salud.

No obstante, el 31 de enero de 2021, la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos del Ministerio de Justicia dispuso, a través de la Resolución Directoral N° 0167-2021-JUS/DGPAJ-DCMA, suspender las audiencias de conciliación de los centros de conciliación en los departamentos de Lima, la provincia constitucional del Callao, Áncash, Pasco, Huánuco, Junín, Huancavelica, Ica y Apurímac, desde el 1 al 14 de febrero de 2021, período que coincidía con el inicio del segundo confinamiento, según el Decreto Supremo N° 008-2021-PCM, del 27 de enero de 2021. De acuerdo con la misma resolución directoral, se dispuso la reprogramación de las referidas audiencias.

Es decir, durante todo este tiempo, por un lado, las causas que ya se encontraban en trámite estuvieron paralizadas y, por otro lado, las nuevas controversias no pudieron iniciarse, debido a la suspensión de los servicios conciliatorios, principalmente en zonas con alta vulnerabilidad sanitaria. Sin duda, las condiciones sanitarias producto de la pandemia de la COVID-19 afectaron gravemente a la conciliación extrajudicial.

Posteriormente, hacia el mes de octubre de 2020, se aprobaron algunas normas vinculadas a la continuidad en la formación de los conciliadores extrajudiciales en la modalidad no presencial brindadas por los centros de formación y capacitación de conciliadores extrajudiciales.

Sin duda, la medida más importante frente a secuelas de la pandemia sobre el servicio de conciliación extrajudicial se produjo el 13 de abril de 2021, con la aprobación de la Ley N° 31165, "Ley que modifica la Ley 26872, Ley de Conciliación, permitiendo la realización de la audiencia de conciliación a través de medios electrónicos u otros similares y dicta otras disposiciones para optimizar el funcionamiento del sistema conciliatorio".

Como parte de los cambios introducidos por la Ley N° 26878, se incorporó el artículo 10° para el empleo de medios electrónicos en la realización de la audiencia única de conciliación. De la misma forma, respecto de los procedimientos, se modificó el artículo 12° para incorporar la notificación electrónica de las invitaciones a las partes para la audiencia de conciliación. Sobre la concurrencia con poder a dicha audiencia, se

precisó en el artículo 14° que, para materias como el desalojo, alimentos, tenencia y régimen de visitas, el otorgamiento de poder puede realizarse en el centro de conciliación. Finalmente, respecto del acta de conciliación, los cambios realizados en el artículo 16° consideran la posibilidad de que las partes firmen digitalmente.

Complementariamente, el 22 de mayo de 2021, se publicó el Decreto Supremo N° 008-2021-JUS que modificó el reglamento de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, aprobado por el Decreto supremo N° 014-2008-JUS, a fin de modificar e incorporar los artículos necesarios para el desarrollo de los procedimientos de conciliación, sus audiencias y otros vinculados a través de medios electrónicos u otros de naturaleza similar.

Al igual que lo previsto en la Ley N° 26872, se modificó el artículo 5° de su reglamento para precisar que la conciliación extrajudicial puede realizarse por medios electrónicos u otros de naturaleza similar, especialmente en lo referido a la audiencia de conciliación. Asimismo, se destaca la incorporación del artículo 5-A sobre los principios que rigen el uso de los medios electrónicos, como la claridad digital, entendida como conexión en tiempo real, de manera nítida, sin fallas, que permite la interacción entre el conciliador y las partes; la accesibilidad, es decir, el acceso a la grabación de la audiencia; e integridad, respecto de la intangibilidad total de la grabación de la audiencia.

Del mismo modo, se incorporó el artículo 5-B para regular los requisitos para participar en las audiencias de conciliación a través de medios electrónicos, entre los más importantes, se indica que es el conciliador quien otorga el enlace de la plataforma o del aplicativo web que se utiliza para la audiencia.

Además, el artículo 5-C autoriza a los conciliadores, excepcionalmente, a realizar la audiencia en un lugar distinto del centro de conciliación. En ese mismo orden de ideas, el artículo 5-D relacionado con los centros de conciliación gratuitos a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, autoriza a los conciliadores a que efectúen trabajo remoto para llevar a cabo sus audiencias en un lugar distinto de los referidos centros. Finalmente, se añade el artículo 5-E que indica que se establece una presunción de autorización para la participación en el empleo de medios electrónicos si las partes aceptan dicha modalidad.

En cuanto al procedimiento conciliatorio, se dispuso la modificación del artículo 6° del reglamento para que los centros de conciliación implementen mesas de partes virtuales para la recepción de las peticiones conciliatorias y demás trámites relacionados con el procedimiento. Respecto de la confidencialidad regulada en el artículo 10°, se precisa que esta se extiende a los actos realizados a través de medios electrónicos, los que carecen de valor probatorio en sede judicial, arbitral o administrativa. Sobre los requisitos de

la solicitud de conciliación, igualmente, se regula que para las invitaciones se puede brindar dirección electrónica, el empleo de firma electrónica y/o digital del solicitante y la conformación de un expediente electrónico, salvo que se realice la audiencia de forma presencial.

Respecto de la audiencia de conciliación, los cambios realizados al reglamento incorporan, con el artículo 15-A, que el conciliador designado confirma los domicilios a notificar a las partes para determinar el medio electrónico o no para ser notificadas, diligencia que debe ser grabada. Del mismo modo, el artículo 15-B, prevé la verificación de la identidad de las partes a través de una videoconferencia previa a la referida audiencia. Caso contrario, el artículo 15-C indica que, si no se verifica la identidad, se convierte la conciliación por medios electrónicos a una conciliación presencial. La grabación de la verificación de la identidad, según el artículo 15-D, es custodiada por el Centro de conciliación.

Sobre la notificación de las invitaciones que se deben conciliar, con la incorporación del artículo 17-A, se precisa que las realizadas por medios electrónicos son válidas cuando se trata de conciliación por dichos medios. En cuanto a la asistencia a las audiencias presencial o por medios electrónicos, el artículo 17-C establece que se otorga la constancia digital de la parte asistente.

En cuanto a la realización de la audiencia de conciliación, se añade el artículo 21-B para regular la audiencia de conciliación por medios electrónicos. Entre los aspectos más importantes incorporados, se encuentra la posibilidad de objetar el empleo de medios electrónicos para su realización. Del mismo modo, cuando una de las partes no puede utilizar medios electrónicos, puede participar de forma presencial desde el centro de conciliación. Además, se regula la posibilidad de incorporar a asesores o testigos a pedido de las partes, previamente identificados por el conciliador. En todos estos casos, el conciliador deja claramente establecido que carece de valor por la confidencialidad cualquier grabación unilateral de la audiencia en un procedimiento judicial u otro. Al mismo tiempo, se establece que la grabación se suspende cuando las partes se encuentran deliberando o negociando. Entre otros aspectos, se precisa que el registro de la audiencia tiene por finalidad verificar los acuerdos conciliatorios alcanzados entre las partes.

Un aspecto que cabe resaltar entre todas las modificaciones mencionadas es el relacionado con los alcances del artículo 3-A, mediante el cual se indica que la conciliación no es un acto jurisdiccional. Difiere sustancialmente de los anteriores por no tener un fin regulatorio, sino eminentemente conceptual, al precisar la naturaleza jurídica de la actuación de las personas que acuerdan conciliar y sus ventajas frente a la vía judicial o arbitral, medida que resalta cuánto trabajo queda por hacer para que la ciudadanía identifique a la

conciliación como un medio válido y legítimo para resolver conflictos y la promoción de una cultura de paz.

En síntesis, a partir de las modificaciones normativas y los arreglos institucionales realizados para garantizar el funcionamiento de la conciliación extrajudicial durante la pandemia de la COVID-19 mediante el uso de las herramientas digitales y virtuales, es importante señalar que estos se aprobaron con cierta demora, es decir, tuvo que transcurrir casi un año desde el inicio de la emergencia sanitaria para adecuar el marco legal de la conciliación extrajudicial a la nueva realidad, lo cual evidentemente ha afectado y limitado que la población pueda acceder a este mecanismo tan importante para la solución de sus controversias, que la dejan en una situación de indefensión estatal, con mayor énfasis en aquellas materias obligatorias en las que se exige agotar previamente la conciliación para iniciar un proceso judicial.

5. El alcance de los servicios de conciliación extrajudicial en el Perú

Los servicios de conciliación extrajudicial son brindados por los centros de conciliación gratuitos y privados como parte de la oferta del servicio. La supervisión en la prestación del servicio adecuado y la observación de los alcances de la Ley de Conciliación están a cargo de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

De acuerdo con la información del Sistema de Conciliación (Sisconci) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al 22 de setiembre del presente año, se encuentran acreditados y en funcionamiento un total de 2214 centros de conciliación extrajudicial entre públicos y privados, a nivel nacional, de los cuales un 96 % (2124) corresponden a centros de conciliación privados y solo un 4 % (90) a centros de conciliación públicos.

A nivel territorial, el servicio conciliatorio se brinda en todos los departamentos del país. Sin embargo, es importante mencionar que la mayor concentración de centros de conciliación, tanto gratuitos como privados, se encuentra en Lima Metropolitana con un total de 818 centros de conciliación públicos y privados, seguida de Arequipa (211) y Junín (167). Por el contrario, los departamentos de Tumbes con siete (7) centros de conciliación, Madre de Dios con ocho (8) y Amazonas con 10 centros de conciliación, son los departamentos que registran un menor número de centros de conciliación extrajudicial en sus territorios, según se detalla en la siguiente tabla:

TABLA 1
DISTRIBUCIÓN DE CENTROS DE CONCILIACIÓN A NIVEL NACIONAL

Nº	Departamento	Centros de conciliación gratuitos	Centros de conciliación privados
1	Amazonas	2	8
2	Áncash	4	48
3	Apurímac	2	19
4	Arequipa	5	206
5	Ayacucho	2	40
6	Cajamarca	5	60
7	Callao	4	54
8	Cusco	3	103
9	Huancavelica	2	10
10	Huánuco	4	22
11	Ica	5	55
12	Junín	7	160
13	La Libertad	4	84
14	Lambayeque	4	56
15	Lima Metropolitana	14	814
16	Lima provincias	4	79
17	Loreto	3	20
18	Madre de Dios	1	7
19	Moquegua	2	28
20	Pasco	1	12
21	Piura	3	76
22	Puno	3	52
23	San Martín	3	31
24	Tacna	1	47
25	Tumbes	1	6
26	Ucayali	1	27
Total		90	2124

Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

No obstante, durante la pandemia, como se indicó anteriormente, este servicio se paralizó por efecto de las medidas de confinamiento dispuestas por el gobierno para prevenir y controlar la expansión de la COVID-19. Como parte del reinicio de actividad, al 21 de setiembre de 2020, solo 421 centros de conciliación privados habían reiniciado sus actividades, es decir, solo el 20

%. Los departamentos con mayor concentración de centros de conciliación en funcionamiento fueron Lima Metropolitana, Junín, Arequipa, Cusco y La Libertad, según la siguiente tabla:

TABLA 2
NÚMERO DE CENTROS DE CONCILIACIÓN PRIVADOS A
NIVEL NACIONAL QUE REINICIARON SUS ACTIVIDADES EN
SETIEMBRE DE 2020

Nº	Departamento	Centro de conciliación privado
1	Amazonas	0
2	Áncash	2
3	Apurímac	3
4	Arequipa	29
5	Ayacucho	7
6	Cajamarca	11
7	Callao	10
8	Cusco	26
9	Huancavelica	2
10	Huánuco	6
11	Ica	10
12	Junín	31
13	La Libertad	20
14	Lambayeque	15
15	Lima Metropolitana	181
16	Lima provincias	18
17	Loreto	6
18	Madre de Dios	1
19	Moquegua	3
20	Pasco	2
21	Piura	16
22	Puno	4
23	San Martín	3
24	Tacna	10
25	Tumbes	1
26	Ucayali	3
	Total	421

Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Como se aprecia del acápite anterior, las medidas para implementar la virtualidad a través de medios electrónicos en el procedimiento de conciliación fueron aprobadas a mediados de abril de 2021 y reglamentadas a finales del mes de mayo del mismo año. Por lo tanto, la cifra de centros conciliación privados que reiniciaron actividades en setiembre de 2020 da cuenta de aquellos en los que se retomaron audiencias presenciales que respetaban las medidas de bioseguridad que constituyen un 20 % del total de centros de conciliación privados.

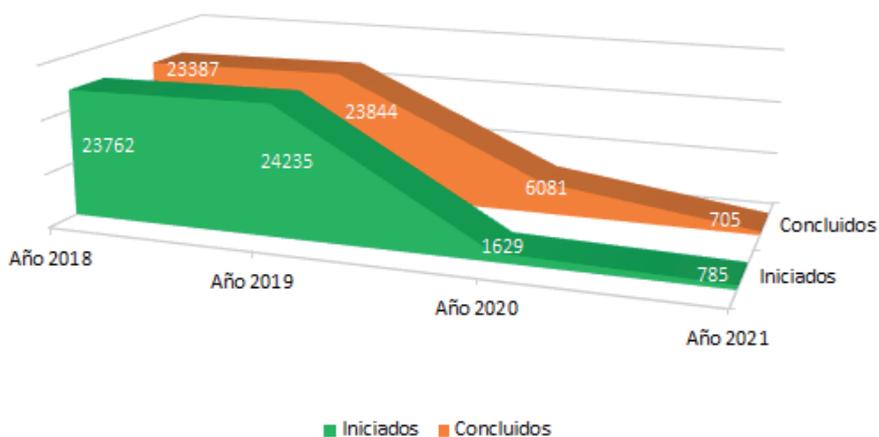
Sin embargo, también se indicó que como parte del segundo confinamiento de febrero del 2021 se dispuso la suspensión de las actividades de los centros de conciliación privados en varios departamentos —entre ellos, Lima y Junín, que registraban el mayor número de centros de conciliación que habían reiniciado actividades, es decir, una cifra aún menor— como consecuencia de la segunda ola de contagios,

Respecto de los centros de conciliación gratuitos, si bien no se contó con información oficial sobre el reinicio de actividades luego del cese del confinamiento obligatorio, según información de especialistas en la materia, solo 19 centros de conciliación gratuitos habrían reiniciado sus actividades a febrero del 2021 de un total de 90 existentes (La Ley, 2021).

Por su parte, la Defensoría del Pueblo expresó su preocupación por la urgente necesidad de reactivar el servicio gratuito de conciliación extrajudicial a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, debido a sus efectos sobre el derecho de acceso a la justicia, ante la recepción de diversas quejas de ciudadanos que requieren iniciar procedimientos de conciliación y que no cuentan con recursos para acceder a centros privados (Defensoría del Pueblo, 2020).

Otro aspecto importante para analizar es el relacionado al desarrollo de los procedimientos conciliatorios. La presente investigación ha revisado cifras correspondientes al período 2018-2021, de acuerdo con la información proporcionada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021), se advierte con claridad la reducción sustancial de los procedimientos iniciados y concluidos en los años 2020 y 2021 en los centros de conciliación extrajudicial gratuitos del Minjus, en comparación con los procedimientos correspondientes al 2018 y al 2019 cuando las cifras se mantuvieron año a año en promedios proporcionales.

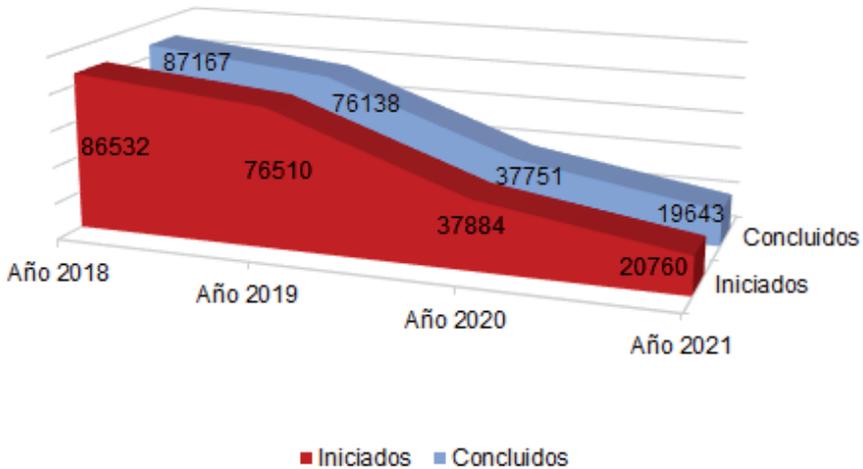
IMAGEN 1 TOTAL DE PROCEDIMIENTOS EN CENTROS DE CONCILIACIÓN GRATUITOS PERÍODO 2018-2021



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del Oficio N° 6149-2021-JUS/DGPAJ-DCMA del 6 de setiembre de 2021.

Con relación a la situación de los procedimientos de los centros de conciliación extrajudicial privados correspondiente al período 2018-2021, se advierte, en el siguiente gráfico, que, si bien la diferencia entre el número de casos iniciados y concluidos en los dos últimos años es mínimo, en comparación con el número de casos de los años anteriores (2018 y 2019), existe una reducción importante.

IMAGEN 2
TOTAL DE PROCEDIMIENTOS EN CENTROS DE CONCILIACIÓN PRIVADOS
PERÍODO 2018-2021



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del Oficio N° 6149-2021-JUS/DGPAJ-DCMA del 6 de setiembre de 2021.

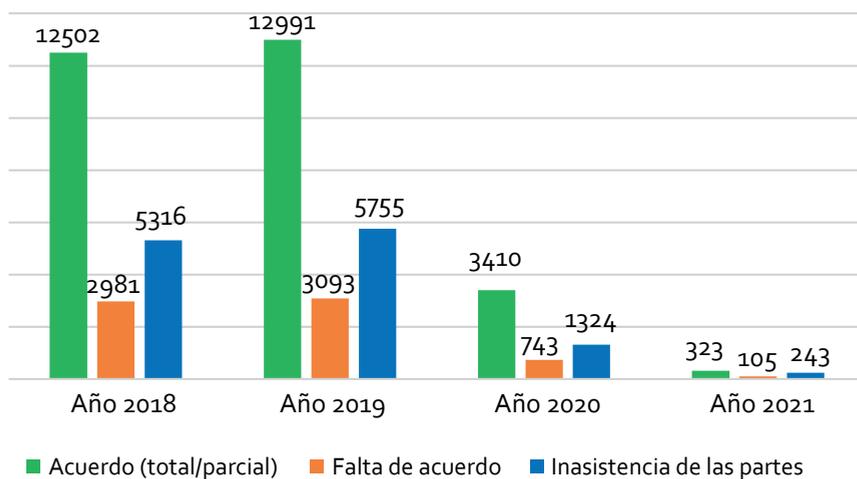
En concreto, en ambos gráficos, podemos advertir objetivamente que, durante el tiempo de pandemia de la COVID-19, el acceso y la resolución de los conflictos a través de la conciliación extrajudicial —sea en centros de conciliación públicos o privados— han sido afectados, y la pregunta es ¿qué ha sucedido con esos conflictos que no pudieron llegar a una sede conciliatoria?, ¿cómo fueron abordados? Evidentemente, la respuesta a estas preguntas lleva a deducir que las y los ciudadanos en conflicto se han visto reducidos en el acceso a mecanismos adecuados y pertinentes a la nueva normalidad producto de la COVID-19, por lo que se requieren mayores esfuerzos para extender la conciliación extrajudicial entre un número mayor de usuarios.

Otro dato saltante respecto de los procedimientos conciliatorios es la forma como fueron concluidos: ya sea con acuerdo total o parcial, o sin acuerdo y por inasistencia de las partes. La situación ha variado en el período 2018-2021, es decir, en un período pre y pospandemia. En la Imagen 3, se advierte que, en los centros de conciliación gratuitos, la tendencia es que los procedimientos conciliatorios, en primer lugar, se concluyen por acuerdo total o parcial; en segundo lugar, por la forma de conclusión por inasistencia de las partes a la audiencia conciliatoria; y, finalmente, por falta de acuerdo.

Del mismo modo como se mostró en cuadros anteriores, la reducción significativa y pronunciada de los procedimientos redundante en su eficacia. Así, en el año 2018, de 12 502 procedimientos concluidos con acuerdos totales o parciales, en el año 2020, se concluyeron 3410 procedimientos y, en lo que va el año 2021, solo se atendió un total de 323 casos con acuerdos totales o parciales y la suma de los casos por falta de acuerdo y por inasistencia de las partes es mayor.

Con ello, podemos afirmar que durante la pandemia de la COVID-19 un mayor número de casos no fue eficientemente atendido por este mecanismo de resolución alternativa de conflictos, lo cual, sin duda, redundante en su eficacia.

IMAGEN 3
PROCEDIMIENTOS CONCLUIDOS, POR TIPO DE ACUERDOS,
EN CENTROS DE CONCILIACIÓN GRATUITOS

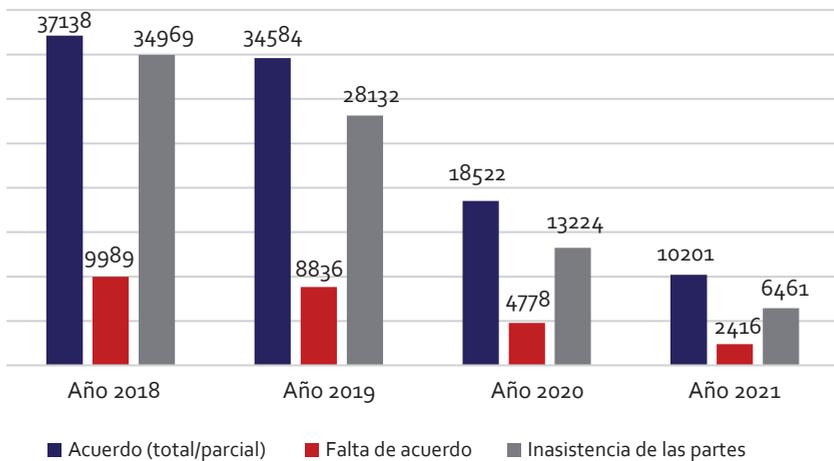


Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del Oficio N° 6149-2021-JUS/DGPAJ-DCMA del 6 de setiembre de 2021.

Por su parte, en los centros de conciliación privados, entre el año 2018 y el año 2019, se advierte que los procedimientos concluidos por falta de acuerdo o inasistencia de las partes superan a los que concluyeron con un acuerdo total o parcial, algo no registrado en los centros de conciliación gratuitos, donde dicha tendencia se registra solo en el año 2021, pues, como se indicó, entre el año 2018 y el año 2020, los procedimientos concluidos con acuerdos siempre superan a los concluidos sin acuerdos o por inasistencia de las partes.

No obstante, entre el año 2020 y el año 2021, se produce un cambio importante, pues los procedimientos concluidos con un acuerdo total o parcial superan a los que concluyeron por falta de acuerdo o por inasistencia de las partes. En este último caso, los niveles de inasistencia decrecieron sustancialmente, frente al año 2018 y al año 2019. Esta tendencia es interesante de destacar, pues evidencia un mayor interés de los usuarios de aprovechar las ventajas de la conciliación extrajudicial, así como una valoración de sus beneficios, al perseguir alcanzar acuerdos totales o parciales.

IMAGEN 4
PROCEDIMIENTOS CONCLUIDOS, POR TIPO DE ACUERDOS,
EN CENTROS DE CONCILIACIÓN PRIVADOS



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través del Oficio N° 6149-2021-JUS/DGPAJ-DCMA del 6 de setiembre de 2021.

En ese mismo orden de ideas, una cifra cuya evolución es interesante de destacar es la relacionada a la inasistencia de las partes. Al 2018, el número de procedimientos concluidos por dicho supuesto era de 34 969, una cifra casi similar a los concluidos con acuerdos totales o parciales. Es decir, de cada dos procesos iniciados, uno concluía por inasistencia de las partes.

Durante el primer año de pandemia, en el 2020, dicha tendencia se mantuvo, considerando, además, la disminución en un 50 % de procedimientos de conciliación respecto de los años anteriores y las medidas propias de la prevención frente a la pandemia. Para el año 2021, sin embargo, esta tendencia se revierte notablemente: de 6461 procedimientos concluyen por inasistencia de las partes, frente a 10 201 procedimientos que concluyeron con acuerdos o acuerdos parciales.

Podríamos afirmar que las medidas implementadas desde mediados del 2021 para incorporar el empleo de medios virtuales para la realización de los procedimientos de conciliación extrajudicial generan mejores condiciones para reducir la inasistencia a las audiencias de conciliación en centros de conciliación privados, así como por los costos que las partes asumen por la obtención de dicho servicio, pues la misma tendencia no se observa respecto de los procedimientos de conciliación en centros de conciliación gratuitos donde, al 2021, la inasistencia sigue siendo alta: 243 procedimientos concluyeron por inasistencia de las partes, frente a 323 procedimientos que concluyeron con acuerdos o acuerdos parciales.

6. Conclusiones

El derecho de acceso a la justicia encuentra en la implementación de métodos alternativos de solución de conflictos no solo una herramienta para liberar al Poder Judicial de la elevada carga procesal que limita el ejercicio de aquel derecho, sino que constituye un medio valioso para promover una cultura de paz, es decir, un cambio de paradigma en la gestión de los conflictos consustanciales a la existencia misma de la humanidad.

Desde su aprobación, en 1997, las más de dos décadas de vigencia de la Ley de Conciliación podría suponer la consolidación de la institución de la conciliación extrajudicial por parte de los usuarios del Sistema de Justicia; sin embargo, ello dista de ser una realidad. El número de procedimientos de conciliación extrajudicial es aún insignificante frente al número de procesos judiciales que se inician anualmente.

Si bien ello nos podría llevar a concluir que la conciliación extrajudicial ha fracasado, evidencia la necesidad de seguir proyectando sus beneficios entre los diversos actores del sistema, entidades del Estado, organizaciones de la sociedad civil y la academia, para introducir las mejoras que requiera dicha normativa, como en la gestión de sus herramientas.

Ante dicho escenario, la pandemia que aún nos aqueja por la COVID-19 ha afectado seriamente el desarrollo y la implementación de la conciliación extrajudicial, pese a los esfuerzos recientes para inyectarle nuevos bríos a través del empleo de medios virtuales que conjuguen una respuesta adecuada y oportuna para prevenirla, como el respeto a las formalidades necesarias para darle validez "ritual" a los procedimientos que se lleven a cabo.

El restablecimiento de los servicios de conciliación extrajudicial se ha dado progresivamente. Luego de un cierre por efectos de la cuarentena estricta dispuesta por el Gobierno en marzo del año 2020 hasta el inicio de la cuarentena focalizada en julio del mismo año, el funcionamiento de

estos centros se ha restablecido moderadamente, según cifras consultadas a setiembre y, posteriormente, se vio nuevamente suspendida ante la segunda ola de la COVID-19.

Ello ha incidido severamente en los procedimientos de conciliación. Según la información oficial consultada, en centros de conciliación gratuitos, se ha pasado de más de 23 000 procedimientos iniciados al año, a 785 en lo que va del año 2021, es decir, la cifra se ha reducido 29 veces. La tendencia es la misma en los centros de conciliación privados, pues de más de 86 000 procedimientos iniciados en el año 2018 al año 2021 solo se registran más de 20 000 procedimientos iniciados, es decir, se ha reducido cuatro veces dicho número.

De estas cifras, sin duda, un aspecto de especial interés es el relacionado con la concreción de los procedimientos de conciliación extrajudicial en acuerdos totales o parciales entre las partes, que cumple con ello el fin previsto para dicha institución: permitir a las y los ciudadanos contar con una herramienta sencilla, económica y segura para resolver sus conflictos y, así, ver realizado su derecho de acceso a la justicia.

Los diversos cambios introducidos a la legislación sobre conciliación extrajudicial para asegurar el empleo de medios virtuales durante el procedimiento, si bien responden a la necesidad de retomar el servicio y evitar la propagación de la pandemia, su adecuada implementación permitirá, consideramos, reducir el elevado nivel de inconcurrencia a las audiencias que se registra en el período prepandemia analizado; así lo reflejaría una tendencia inicial de las cifras al año 2021 de los procedimientos iniciados en centros de conciliación gratuitos y privados.

Finalmente, estas cifras exigen no solo cambios normativos o la realización de arreglos institucionales para fortalecer la implementación de los procedimientos de conciliación extrajudicial por los centros públicos o privados que brindan el servicio; además, se requiere retomar las labores de promoción de las bondades del mecanismo por parte de las autoridades del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de los propios centros de conciliación, de las organizaciones de sociedad civil, de la academia, entre otros actores preocupados por propiciar una verdadera cultura de paz.

7. Referencias bibliográficas

Abanto Torres, J. (2016). "Nuevos enfoques de la conciliación y el arbitraje". Instituto Pacífico, Primera edición, setiembre 2016, Lima.

Chancafe Rosas, D.; Forno Odría, H. y Nina Nina, P. (2015). "La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría del juego y

- el análisis económico del Derecho”. Centro de Investigación y Asesoría Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bit.ly/31ffvxh>
- Concha, W. (2021). La Ley, el ángulo legal de la noticia. “La conciliación está en estado de emergencia en el Perú”, 5 de febrero de 2021. <https://bit.ly/3CGm3TJ>
- Corporación Latinobarómetro. (2021). Informe 2021. <https://bit.ly/3BGO4cv>
- Defensoría del Pueblo (2020). “Defensoría del Pueblo pide que se reactive servicio gratuito de conciliación extrajudicial, 24 de julio de 2020. <https://bit.ly/3jWTO3u>
- Ledezma Narváez, M. (2000). “El Procedimiento Conciliatorio: Un Enfoque Teórico Normativo”. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima, noviembre 2000. 374 páginas.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). “Política pública de reforma del Sistema de Justicia. La reforma del Sistema de Justicia de cara al bicentenario”, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2021-JUS de 15 de julio de 2021. <https://bit.ly/3nVTyee>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). “Informe Analítico II Encuesta Nacional de Derechos Humanos”, Primera Edición. <https://bit.ly/3i71Uw>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). Comunicado de 12 de junio de 2020 de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. <https://bit.ly/3BRKuwh>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). Comunicado de 12 de junio de 2020 de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. <https://bit.ly/3mGV18Q>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). “Centros de conciliación privados que han reanudado sus actividades conciliatorias en todo el país”, 22 de setiembre de 2020. <https://bit.ly/3BK2w3g>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). Resolución Directoral N° 0167-2021-JUS/DGDPAJ-DCMA, de 31 de enero de 2021. <https://bit.ly/3BAHIA5>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema de Conciliación – Directorio de Centros de Conciliación Extrajudicial. <https://bit.ly/3mMsz5T>

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). "Informe N° 223-2021-JUS/DGDPAJ-DCMA-RI de 4 de setiembre de 2021, adjunto a Oficio N° 6149-2021-JUS/DGPAJ-DCMA de 6 de setiembre de 2021, en respuesta a solicitud de acceso a la información pública Exp. N° 196924.
- Monroy Galvez, J. (1996). Introducción al proceso civil. Tomo I. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- Moreno Catena, V. (2011). La Resolución Jurídica de Conflictos. En Sotelo Muñoz, H. Carretero Morales, E y Ruiz López, C. (Ed). Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos, pág. 28, Editorial Tecnos, Madrid, España.
- Pinedo Aubían, M. (2017). La Conciliación Extrajudicial: Problemas más frecuentes y soluciones, pág. 91 y ss. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima, Perú.
- Pereira Campos, S. "El principio de inmediatez en el proceso por audiencias: mecanismos legales para garantizar su efectividad". <https://bit.ly/3q7f3vH>
- Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (2011). "Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos". <https://bit.ly/3nVnEYv>
- Priori Posada, G. F. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. IUS ET VERITAS, 13(26), 273-292. <https://bit.ly/31vxD6t>
- Sotelo Muñoz, H. (2011). "Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos", Editorial Tecnos, Madrid.
- Poder Judicial (2018). Boletín estadístico institucional N° 4-2018. Enero-diciembre 2018. <https://bit.ly/3CKdx6a>
- Poder Judicial. (2021). Boletín estadístico institucional N° 1-2021. Enero-Marzo 2021. <https://bit.ly/3waLni4>

PUBLICIDAD DE LA DELIBERACIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN EL SISTEMA JURISDICCIONAL PERUANO ¿POSIBILIDAD O REALIDAD?

Paúl Vizcarra Vizcarra¹

I. Introducción

La deliberación suscitada al interior de un proceso jurisdiccional constituye la etapa previa a la emisión de la decisión conocida tradicionalmente como sentencia. A nivel judicial, la fase deliberativa se desarrolla principalmente en primera y segunda instancia, y está presente incluso como fase previa a la emisión de los fallos de la Corte Suprema.

Como se sabe, la actividad probatoria dentro de un proceso judicial inicia con el ofrecimiento de pruebas, las mismas que serán actuadas por las partes y finalmente valoradas (ameritadas) por el juez, para posteriormente pasar a una etapa de admisión a cargo del juzgador,

Al igual que en la actividad probatoria, todo proceso jurisdiccional posee una secuencia de actos o etapas establecidos normativamente, de acuerdo con el tipo de proceso en el que nos encontremos. Es así como, por ejemplo, en un proceso penal ordinario, existe una fase de diligencias preliminares, una de investigación preparatoria, una etapa intermedia y un juicio oral que, posteriormente, culminará con una sentencia absolutoria o condenatoria.

1 Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Corrupción y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca – España, validado por la Superintendencia Nacional de Educación Superior-Sunedu. Abogado por la Universidad Nacional San Agustín. Formación en Técnicas de Litigación en Juicios Orales, por la California Western School of Law y el INECIP en Rosario – Argentina, Criminalidad Corporativa y Derechos Humanos y, Derecho de Daños por la Universidad de Salamanca.

Docente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya. Docente de Derecho Procesal en la PUCP. Docente de la Academia de la Magistratura-AMAG. Ponente y expositor en eventos académicos. Autor de artículos y textos en materia jurídica. Experiencia en el sector público y en el ejercicio privado de la abogacía.

Sin embargo, este orden normativo no solo se concretiza en materia penal, sino en otros procesos en los que, de igual manera, existe una serie de regulaciones en cuanto a sus estructuras; por ejemplo, podemos distinguir fases en los procesos que se siguen ante el Tribunal Constitucional, ante el Jurado Nacional de Elecciones, ante los Tribunales arbitrales, en los procedimientos que conoce la Junta Nacional de Justicia, entre otros; Se advierte, al mismo tiempo, en todos y cada uno ellos, diferencias y particularidades normativas de acuerdo con la naturaleza de la cuestión que se discute y con los fines esenciales que se pretende salvaguardar. Por ejemplo, en los procesos constitucionales, en principio, no existe etapa probatoria, y son procedentes solo los medios probatorios que no requieran actuación, porque se trata de procesos constitucionales de control concreto, “restitutivos de derechos” y “no constitutivos de derechos” (Ruiz, 2018).

Si bien existen peculiaridades entre unos y otros, existen también cuestiones en común; una de ellas es la etapa de deliberación. El total de los procesos anteriormente mencionados cuenta con una fase deliberativa, la cual constituye, en todos los casos, una fase previa a la emisión de la decisión final respecto del asunto que es materia de discusión.

Podemos describir la deliberación como el modo en el que el órgano judicial, o el miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, o el tribuno del Tribunal Constitucional, o el miembro del Pleno de la Junta Nacional de Justicia, o el árbitro del Tribunal Arbitral, entre otros, luego de haber “absorbido” la información que le ha sido proporcionada durante el desarrollo del proceso, realiza posteriormente un análisis de aquello y lo exterioriza a través de una decisión.

En el caso de un órgano unipersonal, pareciera que no existe inconveniente, puesto que se trata de un órgano jurisdiccional conformado por un solo juez, que es el único que recibe la información de las partes o los sujetos del proceso, analiza lo planteado y plasma su decisión en una sentencia. Sin embargo, cuando el órgano es uno de naturaleza colegiada, el problema es distinto, puesto que la decisión ya no depende de uno solo.

Algunos ejemplos de órganos colegiados en materia penal son los conformados por tres jueces en primera instancia, tres integrantes en Salas Superiores, cinco en la Corte Suprema, cinco miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, los siete del Tribunal Constitucional, entre otros. Se preserva siempre una composición impar, debido a que la decisión final es tomada, en principio, a partir de la mayoría simple de los votos de sus integrantes para evitar, en la mayoría de casos, la posibilidad de empates².

El problema en el sistema colegiado de jueces en donde la decisión no

² Los pronunciamientos de la Corte Suprema requieren 4 votos conformes, como se establece en el art. 141 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

es de una sola persona es que justamente la deliberación se toma a partir de una decisión conjunta. Ejemplo de ello se observa normativamente en el art. 392 del Nuevo Código Procesal Penal cuando indica que “cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta”.

Con respecto a esto último, se evidencia que existe una tendencia normativa de dotar de carácter reservado a las deliberaciones llevadas a cabo en los órganos jurisdiccionales colegiados, lo cual nos lleva a plantearnos la interrogante de si ello es lo correcto o, por el contrario, lo correcto es su publicidad. Evidentemente, lo que se debe tener en cuenta aquí son las siguientes cuestiones: ¿es buena o no la publicidad en esta etapa?, ¿qué ventajas presenta?, ¿nos ayuda?; o, por el contrario, ¿perturba o afecta un adecuado debate de ideas? Nos planteamos este último cuestionamiento teniendo en cuenta que deliberar en público y en privado tiene connotaciones y consideraciones distintas: uno será el comportamiento del magistrado cuando este es consciente de que está siendo grabado o visto en vivo por toda la comunidad y otro será su comportamiento cuando sabe que la deliberación es reservada.

II. Jurisdicción

2.1. Proceso y jurisdicción

Para comenzar a referirnos sobre la deliberación, resulta importante atender y explicar primero algunos temas relacionados al proceso y a la jurisdicción. Como antecedente o causa del proceso, cabe mencionar el conflicto intersubjetivo, esto es, el conflicto jurídico producido entre —por lo menos— dos sujetos.

Antes de la aparición del proceso como tal, los conflictos intersubjetivos se solucionaban sobre la base de la autotutela o el uso de la fuerza. Es a lo que Palavecino (2011) denominaba “la etapa presocial, la del *homo homini lupus* o el de la guerra del todos contra todos” (p. 15). Evidentemente, además de que la violencia física no tenía ningún efecto disuasivo, pues generaba escenarios de venganza; propiciaba —a la larga— la eliminación misma de los hombres.

Es por ese motivo que el proceso surge como una alternativa frente a los efectos ruines de la justicia por la mano propia, y se opta por una justicia civilizada y racional al delegarse la función institucional de solucionar los conflictos de intereses contrapuestos a un tercero que, a primera vista — en nuestro actual sistema jurídico— sería representado por los jueces que integran el Poder Judicial.

Si bien el juez es el sujeto al que la comunidad organizada tradicionalmente

le atribuye el poder de decidir y de resolver los conflictos jurídicos aplicando las normas previamente establecidas y los principios socialmente aceptados, no se trata del único sujeto facultado por nuestra Constitución para ejercer tal función, ya que existen otros tipos de jurisdicción además de la ejercida por el Poder Judicial.

La intención del constituyente de 1993 no fue la de establecer un único tipo de jurisdicción en el que se resuelvan todo tipo de conflictos, sino que optó por considerar variadas formas de jurisdicción, de manera que la configuración de aquel diseño constitucional distribuyó las materias e incluso las opciones entre las que los justiciables podrían optar ante una situación conflictual, dependiendo —claro está— de la naturaleza del conflicto.

La fórmula que se optó en nuestra Constitución fue la de reconocer a ciertas personas la capacidad de resolver una situación conflictiva y poder “decir Derecho”. En ese sentido, se otorgó la potestad constitucional de administrar justicia y ejercer función jurisdiccional a los árbitros, a los tribunales militares, a las rondas campesinas, entre otros.

2.2. ¿Quiénes ejercen jurisdicción?

Como nota inicial, tengamos en cuenta que la jurisdicción es diferente de la actividad administrativa, porque, como nos ocuparemos más adelante, la jurisdicción es, en términos de la Constitución, la potestad de administrar justicia.

Asimismo, la jurisdicción presenta cinco componentes o elementos importantes: *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* y *executio*. En efecto, la capacidad del órgano jurisdiccional de conocer un conflicto jurídico, la facultad de convocar a las partes relacionadas a aquel conflicto, y si no acuden, a realizarlo de manera coercitiva, así como la capacidad de decidir y ejecutar por la fuerza sus decisiones, constituyen aspectos importantes dentro del concepto de jurisdicción.

Como se ha indicado, los órganos que ejercen jurisdicción son los denominados órganos jurisdiccionales. En esa línea, se pronuncia Priori (2019) cuando afirma que son aquellos órganos a los que la Constitución les ha asignado el ejercicio de la jurisdicción; de manera que hacen uso de la denominada función jurisdiccional (p. 71). Al ser una lista cerrada los órganos habilitados taxativamente por nuestra Carta Magna, podemos decir que se trata de un *numerus clausus*.

De acuerdo al art. 138 de nuestra Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida, en principio, por el Poder Judicial; de igual manera, ejercen jurisdicción, dentro del ámbito de sus competencias, el fuero arbitral (inc.1, art. 139 de la Constitución), el fuero militar (inc.1, art. 139 de la Constitución), las comunidades campesinas y nativas en las cuestiones

que les son relativas (art. 149 de la Constitución), el Tribunal Constitucional (art. 202 de la Constitución) y el Jurado Nacional de Elecciones (inc. 4, art. 178 de la Constitución).

III. Deliberación como proceso

Por deliberación, se entiende “la reflexión sobre un asunto antes de tomar una decisión sobre él” (Velasco, 2009, p. 71). En ese sentido, todos los seres humanos deliberamos, es decir, reflexionamos y tomamos decisiones en múltiples aspectos de nuestra vida diaria.

Desde el momento de tomar un auto u otro para desplazarnos hasta la elección de algún equipo tecnológico novedoso o no, los seres humanos constantemente deliberamos y tomamos decisiones de acuerdo con nuestros pareceres, intereses o necesidades. Previamente a tomar una decisión, reflexionamos sobre la base de la información que recibimos para posteriormente tomar una decisión. Por ejemplo, para comprarnos un par de zapatos tomaremos en cuenta ciertas consideraciones distintas de las de comprar una casa, de manera que la naturaleza de la reflexión, en cada caso, será diferente. Evidentemente, en este último caso, podría evaluarse, por ejemplo, la posibilidad de obtener un crédito, dependiendo de nuestras posibilidades de poder pagarlo o no.

En el ámbito jurídico, de igual manera, la reflexión variará; por ejemplo, si se trata de la deliberación de un asunto respecto de un proceso de naturaleza penal, uno civil, uno constitucional, etc. Las consideraciones pueden ser distintas en cada caso, puesto que cada proceso tiene sus propias reglas, sus propios principios e, incluso, su propia forma de conceptuar lo que se ha denominado verdad procesal.

Sin embargo, analizando la deliberación en el tema que nos acoge, en esencia, ¿qué es la deliberación a cargo de un órgano jurisdiccional colegiado?, ¿es una simple exposición de una postura o parecer?, o ¿es la discusión de ideas, análisis, posturas y contraposturas? Al respecto, podemos afirmar que la deliberación, en este caso, implica siempre o debería implicar una discusión, un compartir de ideas, en el cual los integrantes del colegiado presentan una posición, una contraposición de posturas, la posible asunción de una nueva y, probablemente, su posterior reevaluación; para culminar con la adopción de una decisión colegiada que se verá contenida en una resolución.

Se puede conceptualizar también la deliberación como un proceso, el cual inicia en un órgano colegiado que esté próximo a emitir una resolución, que generalmente se da luego de una audiencia. Tal como lo menciona el art. 133 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la

deliberación culmina con la emisión de la decisión³. Evidentemente, esa resolución, una vez redactada, deberá ser notificada a las partes interesadas, momento a partir del cual el fallo será eficaz y vinculante.

En efecto, tal como lo menciona el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 01142-2018-PA/TC, una resolución surtirá efectos a partir del momento en que esta es notificada, no desde que es votada. En ese sentido, si bien, en esencia, la deliberación culmina con la emisión de la resolución, esta no será eficaz inmediatamente, sino que deberá realizarse posteriormente el acto de notificación para que produzca sus efectos.

Es por esa razón que se deben distinguir, a efectos de este estudio, los momentos de discusión, voto, toma de decisión colegiada, resolución y resolución válidamente notificada.

IV. Deliberación en órganos jurisdiccionales unipersonales y colegiados

Cuando hablamos de órganos jurisdiccionales, tenemos que hacer una distinción entre los unipersonales y los colegiados o pluripersonales. De acuerdo con Guzmán Napurí (2013), serán colegiados aquellos órganos que “se encuentren conformados por una pluralidad de personas, de tal manera que la toma de decisiones requiere de un acuerdo de naturaleza colectiva entre los miembros que conforman dichos órganos” (p. 123). Por el contrario, serán unipersonales los órganos conformados por una sola persona física.

4.1. Deliberación en órganos unipersonales

Si nos avocamos a la definición de deliberación que inicialmente describimos citando a Velasco (2009), llegamos a la conclusión de que tanto el órgano unipersonal como el colegiado efectúan deliberación; la diferencia estriba en que en el órgano unipersonal la realiza de manera interna e individual y luego esta se plasma en una decisión.

4.2. Deliberación en órganos colegiados

La deliberación en órganos colegiados, por el contrario, no se efectúa de manera interna, puesto que los magistrados integrantes del colegiado tendrán posiciones con respecto a los asuntos conocidos dentro de un proceso, las cuales deberán expresar y sustentar frente a sus pares y, de esa

3 En el ámbito judicial, las resoluciones pueden ser sentencias, autos y decretos.

discusión, se obtendrá la decisión final. Todo órgano jurisdiccional colegiado delibera, con sus particularidades y criterios, tal como lo establece la normativa aplicable.

Algunas prácticas del viejo modelo procesal penal, por ejemplo, consistían en que el juez ponente elaboraba una resolución modelo, la que luego era puesta en conocimiento de los otros miembros; si los otros magistrados estaban de acuerdo, suscribían el proyecto, sin mediar un auténtico debate. Afortunadamente, las nuevas prácticas han hecho que esta discusión sea oral sobre la base de lo que se ha actuado en el proceso.

La discusión, en este punto, no es si debe existir o no deliberación, porque esta debe efectuarse como paso previo a la decisión; el problema es si esta deliberación debe ser pública o reservada, situación que veremos más a profundidad en los acápite siguientes.

V. Reserva de deliberaciones en órganos colegiados

5.1. La reserva de deliberaciones a nivel constitucional

De acuerdo con Rubio (1999), la publicidad en los juicios fue reconocida, con diversas redacciones, en los siguientes artículos: 107 de la Constitución de 1823, 120 de la Constitución de 1826, 122 de la Constitución de 1828, 123 de la Constitución de 1834, 125 de la Constitución de 1839, 128 de la Constitución de 1856, 127 de la Constitución de 1860, 125 de la Constitución de 1867, 154 de la Constitución de 1920 y 227 de la Constitución de 1933 (p. 69).

La Constitución peruana de 1834, mencionaba lo siguiente:

Artículo 123. La publicidad es esencial en los juicios. Los Tribunales pueden controvertir los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen en lata voz y a puerta abierta; y las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan.

La Constitución de 1979, por su parte, señalaba lo siguiente:

Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia:

[...]

3.- La publicidad en los juicios penales.

Los tribunales pueden deliberar en reserva con la presencia de todos sus miembros, pero las votaciones son públicas.

Solo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional, o cuando están de por medio intereses de menores, o la vida privada de

las partes, o cuando la publicidad menoscaba la recta administración de justicia, pueden los tribunales, por decisión unánime de sus miembros, disponer que el juicio por responsabilidad de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución siempre son públicos.

Con respecto a los anteriores diseños constitucionales, resulta importante advertir que el constituyente de 1834 resaltó la esencialidad de la publicidad de los juicios en general, sin otorgarle mayor importancia a los penales, como el de 1979; sin embargo, en ambos casos, la reserva de las deliberaciones se elevó a nivel constitucional. La Constitución de 1979 estableció una serie de excepciones específicas a la regla de la publicidad. La moralidad, el orden público, la seguridad nacional, entre otras, fueron las razones por las que tales juicios podrían ser reservados.

Por su parte, la actual Constitución señala lo siguiente:

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

De acuerdo con el numeral 4 del art. 139 de la Constitución, los procesos son públicos; no obstante, la misma norma dicta que pueden establecerse salvedades a dicha regla, esto es, la propia norma constitucional faculta por diversas razones, mediante habilitación legal, la reserva de la publicidad.

En cuanto a la diferencia de la anterior redacción que establecía causales específicas de reserva, el constituyente del 1993 se inclinó por encargarle al legislador dicha labor, dejando de lado la deliberación técnica jurídica de establecer una suerte de *numerus clausus* de excepciones. Además, se optó por el término “proceso” y no “juicio”, posición que —en definitiva— resulta más adecuada conceptualmente y menos antojadiza de interpretaciones.

Asimismo, en la actual redacción, se eliminó cualquier referencia al carácter de las deliberaciones a cargo del órgano jurisdiccional en virtud de dotarle mayor fuerza al principio de publicidad. Sin embargo, ello no significó el desconocimiento de la reserva de las deliberaciones, sino que estas fueron relegadas a un nivel legal y ya no constitucional. Eso queda comprobado al analizar la redacción del art. 133 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las otras normas pertinentes.

La reserva de las deliberaciones de órganos jurisdiccionales antes de la emisión de una decisión no es de reciente data; por el contrario, siempre se ha tratado de resguardarla dentro de un proceso jurisdiccional, ya sea través de normas constitucionales o de normas legales.

En ese sentido, si bien se ha eliminado de la redacción escrita de la Constitución y se ha optado por priorizar el principio de publicidad, ello no significa que sea un desconocimiento absoluto de dicha cualidad; así se establece la reserva en el ámbito de la legalidad. En uno u otro caso, la reserva de deliberaciones no transgrede dicho principio.

Para autores como García (2013), la publicidad del proceso queda garantizada si esta se manifiesta en dos planos:

- a) En un plano interno, si se “permite a las partes de una litis el acceso al conocimiento de los actos del proceso” (García, 2013, p. 991).
- b) En un plano externo, si se “permite el acceso al conocimiento a la ciudadanía en general. En este aspecto, es de vital importancia el apersonamiento testimonial del público en las audiencias y la actividad de los medios de comunicación” (García, 2013, p. 991).

Para Leturia (2018), “las deliberaciones de los jueces no parecen quedar incluidas dentro del principio de publicidad” (p. 661). Según este autor, existen “buenas razones para mantener este espacio bajo confidencialidad, sin perjuicio que luego se expongan en la sentencia las conclusiones a que se lleguen” (p. 661).

5.2. La reserva de la deliberación judicial

Una de las normas más importantes con la que se inicia este análisis normativo legal es el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N° 017-93-JUS.

El art. 133 de la referida ley establece que el curso de las deliberaciones, el cual es desarrollado luego de la vista de la causa y antes de la emisión de la sentencia, es secreto y los jueces intervinientes en ella deben mantener reserva sobre las opiniones vertidas durante el curso de esta.

Artículo 133. La votación de las causas puede producirse el mismo día de su vista o dentro del plazo señalado por el Artículo 140. La deliberación es secreta, debiendo mantenerse reserva sobre las opiniones vertidas durante el curso de la misma.

La reserva de las deliberaciones también fue consagrada en el art. 159 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Ley N° 14605:

Artículo 159. Terminada la vista de la causa, los Vocales discutirán en privado la materia controvertida y la votarán de inmediato si está en condiciones de hacerlo. En caso contrario la causa quedará al voto y deberá ser votada dentro del plazo de treinta días prorrogable por un plazo igual por decisión del Presidente de la Corte.

Como se aprecia, ha existido la tendencia legal de mantener la reserva de la deliberación, a pesar de que las constituciones consagran el principio de publicidad de los procesos, lo cual nos lleva a la conclusión de que no es contraria a esta. Si bien la publicidad procesal ha sido establecida para velar y garantizar la imparcialidad del juez y dotar de transparencia al proceso, pues les permite a las partes conocer las pruebas, tener acceso al expediente y dar a conocer al juez sus argumentos y, de ser posible, cambiar la opinión del juez.

Concluido el proceso propiamente dicho, se iniciará la fase deliberativa, en la cual los miembros de un tribunal intercambiarán opiniones e incluso intentarán convencer a sus pares de sus fundamentos. El juez imparcial analiza el medio probatorio, el argumento de las partes y la opinión de su par; ello es lo que se trata de resguardar con el establecimiento de este límite formal-legal de reserva. Es por esto por lo que los jueces se alinean al respeto del secreto de las deliberaciones, como los abogados o los médicos al secreto profesional.

5.3. La reserva de la deliberación en el fuero arbitral

La jurisdicción arbitral nacional no es ajena a la reserva de las deliberaciones. Sobre el particular, De la Jara y Olórtegui (2016) refieren que los tribunales arbitrales también se alinean a dicha reserva y al respeto del secreto de las deliberaciones. “Este implica que se encuentran impedidos de revelar lo discutido por el tribunal, salvo en contadas excepciones” (p. 43). De esta manera, el sistema arbitral ha diseñado una especie de “candado para proteger lo discutido por los árbitros y otorgarles libertad para intercambiar opiniones de manera libre, en respeto al principio de colegialidad⁴” (p. 43).

El art. 51 del Decreto Legislativo D.L. N° 1071 que norma el arbitraje menciona lo siguiente:

Artículo 51.

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier

4 El principio de colegialidad implica el respeto de la decisión conjunta de los miembros de un colegiado.

información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral y se han observado las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes *ad hoc* asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

5.4. La reserva deliberacional en el fuero militar o castrense

Mención importante merece el derogado Código de Justicia Militar, Decreto Ley N° 23214 (Derogado por el D.L. N° 961), puesto que también se alineaba a dicha reserva.

Actualmente, la jurisdicción militar se encuentra regulada fundamentalmente por el Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094. Si bien ha variado el cuerpo normativo de justicia militar, se ha mantenido la reserva de la deliberación, así:

Artículo 408. Cerrado el debate, los vocales pasarán de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, a la que podrá asistir el relator-secretario.

Los vocales deliberaran y votaran respecto de todas las cuestiones de hecho y de derecho, apreciando las pruebas según las reglas de la sana crítica [...]

5.5. La reserva de la deliberación en la jurisdicción electoral

El Jurado Nacional de Elecciones (JNE) ejerce jurisdicción en el sentido clásico del término, puesto que el numeral 4 del art. 178 de la Constitución Política indica que tiene competencia para administrar justicia en materia electoral (Rubio, 1999, p. 28). Es instancia final y sus decisiones son definitivas en las materias que establecen los artículos 142 y 181 de la Constitución.

La justicia electoral a cargo del Jurado Nacional de Elecciones no puede ser objeto de revisión por ninguna instancia jurisdiccional ni por ninguna otra

entidad de cualquier naturaleza. Al administrar justicia en materia electoral, conforme al art. 181 de la Carta Magna, el Pleno del JNE aprecia los hechos con criterio de conciencia y resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del Derecho.

El art. 25 de la Ley N° 26486, Ley Orgánica del JNE, establece que el Pleno de dicho órgano delibera sus causas en secreto y que se debe mantener reserva de las opiniones vertidas en este.

Artículo 25. El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones podrá deliberar en secreto, pero emitirá sus decisiones en forma pública. A las sesiones de Pleno sólo pueden asistir los miembros titulares y, en su caso, los miembros suplentes que los reemplacen, excepto lo dispuesto en el presente artículo y en el Artículo 27 de la presente ley. El jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional e Identificación y Estado Civil pueden concurrir a las sesiones del Pleno y participar en sus debates con las mismas prerrogativas de los miembros del Pleno, salvo la de votar. Concurren también cuando son invitados para informar.

Sin embargo, y en el marco de la segunda vuelta del proceso electoral de elecciones generales 2021, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, mediante acuerdo del 08 de junio de 2021, decidió otorgar, de manera excepcional, carácter público a las sesiones de deliberación y votación que realicen para resolver los asuntos propios de su competencia concernientes a dicho proceso electoral. Se justificó tal decisión —según se refiere— con la finalidad de transparentar el proceso decisorio del Pleno del JNE, así como contribuir a su objetividad, independencia e imparcialidad. Tal tendencia se siguió también en los Jurados Electorales Especiales, los cuales constituyen primera instancia en materia electoral.

5.6. El caso del tribunal constitucional

El actual Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (TC) constituye un caso particular, teniendo en cuenta la tendencia que ha existido en la normativa nacional de establecer la reserva de las deliberaciones, sin ninguna excepción, salvo el caso descrito en el acápite precedente.

En efecto, el art. 43-A del Reglamento Normativo del TC menciona lo siguiente:

Artículo 43-A.

Por acuerdo de Pleno y con levantamiento expreso de la reserva propia de la función, pueden realizarse Plenos Jurisdiccionales abiertos al público para debatir y resolver los procesos de inconstitucionalidad y competenciales, los cuales son difundidos en tiempo real a toda la

ciudadanía y a nivel nacional. Para tal efecto, se publica previamente la ponencia o un resumen ejecutivo de ésta para conocimiento general. Se aplican a estos Plenos Jurisdiccionales abiertos al público las mismas reglas previstas en el artículo 43 supra, en cuanto sean aplicables y pertinentes.

Se trata de una reciente incorporación al reglamento, mediante el cual se agregó la excepcionalidad a la regla de la reserva de las deliberaciones del tribunal, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: i) existir previo acuerdo del Pleno en tal sentido y ii) se trate de un proceso de inconstitucionalidad o competencial.

Tal incorporación se debió a dos transmisiones de deliberaciones que se habían realizado anteriormente, sucesos que significaron episodios históricos teniendo en cuenta el alto interés público de la ciudadanía en los casos en que se levantó la reserva.

La primera deliberación pública que se realizó en la historia del TC fue aquella en la que se debatió y se declaró infundada la demanda competencial interpuesta por el extitular del Parlamento, Pedro Olaechea, frente a la disolución del Congreso de la República realizada por el expresidente Martín Vizcarra. La finalidad de esta abdicación a la reserva tenía como finalidad que cada ciudadano tenga la oportunidad de conocer los argumentos y los contraargumentos que cada magistrado expresara en las intervenciones colegiadas. Se consideró que el transparentar el ejercicio de su función lograba una mayor legitimidad de su decisión y posibilitaba la crítica de los ciudadanos.

El segundo debate público, en la etapa de deliberación, fue el referido a una demanda de inconstitucionalidad contra la excepción contenida en la Ley de Protección y Bienestar Animal (Ley 30407), la cual no sancionaba las corridas de toros ni las peleas de gallos como actos de crueldad, abandono y muerte de animales domésticos y silvestres.

Es a raíz de estos hechos que, posteriormente, el TC modificó su Reglamento Normativo a través de la Resolución Administrativa N° 058-2020-P-TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 07 de mayo de 2020.

5.7. Algunas experiencias internacionales

De acuerdo con la legislación comparada, el art. 233 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial Español regula lo siguiente:

Artículo 233.

Las deliberaciones de los Tribunales son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre la publicación de los votos particulares.

Por otro lado, el tercer párrafo del art. 57 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, señala lo siguiente:

Artículo 57. Publicidad y reserva de las actas.

[...]

Las actas de las sesiones de las Salas y Secciones de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales y de los Tribunales en las cuales consten actuaciones y decisiones judiciales o disciplinarias de carácter individual, de grupo o colectivos, son reservadas excepto para los sujetos procesales, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades competentes. Son de acceso público las decisiones que se adopten.

Como vemos en ambos casos, se ha optado por dotar de reserva a las deliberaciones llevadas a cabo al interior de órganos judiciales.

VI. Consideraciones que se deben tener en cuenta en la deliberación de órganos jurisdiccionales y de órganos administrativos

El art. 113 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, D.S. N° 004-2019-JUS, establece que en cada sesión se levanta un acta que contiene la indicación de los asistentes, el lugar y el tiempo en que fue efectuada, así como la forma y el sentido de los votos. Tales disposiciones, como se aprecia, están orientadas a entidades que, conforme al art. II del Título Preliminar de la misma norma, desarrollan actuaciones de la función administrativa del Estado, cuando sesionan para deliberar y resolver un caso concreto respecto de los asuntos a los que la Constitución les faculta hacerlo.

En tal sentido, en nuestro sistema, no resulta aplicable la exigencia de la redacción de actas que documenten lo ocurrido en las sesiones de deliberación de los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, se puede mencionar que las deliberaciones de las Salas Supremas de la Corte Suprema o de las Cortes Superiores no tienen en estricto un “acta” conforme a las especificaciones previstas en el art. 113 de la norma en cuestión, precisamente porque no desarrollan función administrativa, sino más bien jurisdiccional.

Como consecuencia de la reserva, las deliberaciones no se encuentran contenidas en actas ni en material audiovisual o gráfico, por lo que los

ciudadanos no podrán acceder a dicha información ni siquiera en virtud del derecho de acceso a información pública para solicitar tales documentos.

En este acápite, resulta importante realizar una diferenciación, ya que existe una función jurisdiccional completamente distinta de la función administrativa. Esta diferencia y la naturaleza de las cuestiones sometidas al conocimiento de los tribunales administrativos desencadenan las menores restricciones a la hora de publicitar las deliberaciones. Un ejemplo lo observamos en la Junta Nacional de Justicia, la cual en el art. 8 de su Ley Orgánica se dota de carácter público a los votos y a las calificaciones que emiten los miembros de la Junta Nacional de Justicia en los procedimientos de selección, nombramiento, ratificación y evaluación parcial de desempeño, procedimiento disciplinario, tachas, inhibición o cualquier otro acto de decisión. Es por ello por lo que el art. 30 del Reglamento del Pleno de dicha institución faculta grabar en medio audiovisual todas sus sesiones.

VII. Posiciones contrapuestas. reserva vs. publicidad

De acuerdo con Tortolero (2006), existe la presencia de dos tendencias que marcan las actitudes típicas respecto del secreto de las deliberaciones al interior de los órganos jurisdiccionales: hay quienes están a favor de la publicidad de los debates y hay quienes están en contra (p. 347).

Comenta Tortolero que las mayores objeciones contra la publicidad de las deliberaciones judiciales se refieren a “la ruptura de la unidad en el órgano jurisdiccional” (p. 356); a “la inseguridad jurídica que pueden generar” (p. 356). Concluye señalando, además, que tanto en Europa como en Estados Unidos, “el mantenimiento del secreto de las deliberaciones ha sido utilizado como medio infalible para garantizar la estabilidad del órgano” (p. 357).

Dentro de la primera tendencia, podemos encontrar la descrita por Sosa (2017):

Sin embargo, en varios países de la región dicha práctica está cambiando hacia un modelo más abierto y transparente, que permite conocer directamente los argumentos que brindan las partes en los litigios constitucionales, las preguntas o consideraciones que plantean los jueces en las audiencias, e incluso las posiciones de los magistrados, así como los debates que ocurren al momento de deliberar un caso. (p. 12)

Dicho autor culmina señalando lo siguiente:

Por otra parte, un caso emblemático sobre la “máxima publicidad de las deliberaciones” se da en Brasil. Allí existe un canal judicial, “TV Justiça”,

a través del cual puede seguirse en vivo las deliberaciones que ocurren en el seno del Supremo Tribunal Federal de Justicia, que ciertamente tiene funciones de corte constitucional. Esta gran e inédita apertura, si bien es una muestra evidente de transparencia que tiende a la legitimación de las decisiones, presenta además muchos retos y dificultades, como ha sido recientemente estudiado y problematizado. (p. 13)

En tal país, en virtud de un principio de máxima publicidad y transparencia de las deliberaciones, estas son publicitadas.

Sin embargo, dentro del grupo contrario, podemos mencionar a Aragón (2018), pues indica que “la no publicidad de las deliberaciones contribuye positivamente a que el debate entre los magistrados se haga en términos de mayor libertad” (p. 378). Asimismo, según su opinión, el permitir la publicidad de las deliberaciones conduciría a que las intervenciones de muchos magistrados se conviertan en monólogos que en algunos casos consistirían en la exposición de unos discursos preparados y que en el caso de la deliberación de los tribunales puede llegar a impedir el ejercicio eficaz de su función (p. 384).

VIII. Nuestra postura

En tiempos actuales, la exigencia por parte de la población de transparencia de la actuación de los órganos públicos se ha convertido en un asunto no menor, toda vez que la corrupción es una de las principales preocupaciones dentro de nuestra sociedad. La Administración de Justicia, por su parte, no se encuentra ajena a ello. Especialmente, han cobrado gran importancia los fundamentos de la publicidad procesal desde la propia normativa, no solo en causas penales, sino de todo orden.

Existen muchos mecanismos normativos para resguardar la independencia de un juzgador, como las recusaciones y la reserva de las deliberaciones, por ejemplo⁵. La reserva de la deliberación constituye no solo una garantía, sino un derecho del justiciable, puesto que con ella se garantiza que sean juzgados por un órgano independiente e imparcial. Con su independencia, se garantiza que este “no tenga ninguna interferencia que impida que su decisión sea producto del análisis de los hechos probados y el derecho aplicable a ellos” (Priori, 2019, p. 75).

El intercambio de ideas, pareceres, proyectos, experiencias y convicciones entre los jueces que conforman un colegiado puede verse afectado por el

5 Sobre la independencia y la imparcialidad es importante tomar en cuenta lo señalado por el TC en la STC N° 00512-2013-PHC/TC.

escrutinio público, la presión de los medios e incluso por las propias partes, por lo que se requiere un ámbito de libertad que debe cesar solo cuando se emite y publica la resolución final. Es en tal momento en el que la ciudadanía podrá conocer, finalmente, los argumentos que llevaron al colegiado a tomar determinada decisión. Estos argumentos se encuentran reflejados en la resolución.

Somos partidarios de esta posición no solo por un tema legal, sino por un tema de practicidad y riqueza de discusión. La reserva de la deliberación es importante para preservar el criterio de conciencia de los jueces; de ser pública o de transmitirse en tiempo real, se posibilitaría la intromisión de factores externos que podrían condicionar el normal comportamiento del juez, quien es consciente de que está siendo grabado, filmado o transmitido vía señal abierta o vía redes sociales.

La presión social produciría un cambio de criterio de los jueces, intimidados por la opinión popular y la sanción social sin obviar el denominado "juicio paralelo" materializado por los medios de comunicación.

Asimismo, es posible que las intervenciones de los magistrados se conviertan, tal como señala Aragón (2018), en "monólogos que, en ocasiones, únicamente consistirían en la exposición de discursos previamente preparados, imposibilitando el desarrollo de un auténtico debate" (p. 384). Incluso, muchos se verían limitados en la forma de expresarse o dar a conocer sus argumentos, adecuando y modificando su comportamiento. Por otro lado, el solo hecho de ser de conocimiento público la discusión sobre la responsabilidad de un ciudadano podría afectar su intimidad.

Esta garantía se ha convertido, además, en un principio casi universal en el sistema anglosajón del juicio por jurados, donde el jurado es apartado físicamente de la influencia externa en la etapa decisoria.

En ese sentido, si bien existen razones de interés público que parecerían justificar una máxima publicidad de todas las etapas procesales y que podrían aparecer de cierta manera como factor legitimante de las decisiones ante la ciudadanía, las hay también para restringir del conocimiento público algunos actos procesales, donde ni el consentimiento de las partes será suficiente para justificarlo.

Como se mencionó anteriormente, existen posturas con respecto al carácter de las deliberaciones. La opción de una tendencia contribuye a configurar la normativa pertinente en ese sentido, ya sea a nivel constitucional o legal, de acuerdo a los bienes jurídicos o constitucionales y a los fines legales que se pretenden resguardar.

Si bien la intención del legislador en nuestro país fue la de establecer la reserva de las deliberaciones teniendo en cuenta el marco normativo señalado en los acápites precedentes, ha existido una reciente flexibilización a dicha regla, esto es, el de dotarlas de publicidad, como, por ejemplo, en las

experiencias del TC y del JNE anteriormente descritas. Flexibilización que podría ser evaluada en casos muy excepcionales y de trascendente interés público. El interés social es tan importante que se podría evaluar y justificar la abdicación de la reserva⁶.

Al no ser un tema cerrado, la posible publicidad debe asegurar de manera justificada que el proceso de deliberación transcurra bajo las mismas reglas y la misma riqueza dogmática, jurídica y casuística que una deliberación reservada. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, corresponde determinar en cada caso concreto si, por el alto interés público, se justifica tal situación.

En síntesis, en nuestro país, rige como regla general la reserva de las deliberaciones; la aceptación de la publicidad de estas es muy excepcional y en contados casos muy recientes. Sin embargo, esta última fórmula es tolerada constitucionalmente, puesto que no es contraria a la redacción literal del inciso 4 del art. 139 de la Constitución. La flexibilización de la regla ha ocurrido en casos en que se ha considerado de trascendental importancia el conocimiento por parte de la población de los argumentos y los contraargumentos vertidos por los magistrados durante el curso de las deliberaciones y en las que ha habido la necesidad de alguna incorporación normativa o de algún acto formal previo para lograr tal fin; tales organismos reconocen —en ambos casos— la existencia de la regla general.

IX. CONCLUSIONES

- De acuerdo con nuestra tradición jurídico-procesal, no existe una única instancia de jurisdicción, esta varía de acuerdo con la naturaleza del conflicto en cuestión. Como producto de ello, existe la jurisdicción judicial, arbitral, militar, electoral, entre otras, las cuales tienen la potestad de administrar justicia en el ámbito de sus competencias.
- La solución de conflictos a cargo de órganos jurisdiccionales puede emitirse por un juez unipersonal o a través de un órgano colegiado. En ambos casos, la decisión se toma a partir de la deliberación. El legislador de nuestro país, luego de haber adoptado entre dos posturas, estableció como regla general y casi universal en reiterada normativa, la reserva de las deliberaciones de los órganos jurisdiccionales con la intención de

6 No debe pasar desapercibido lo establecido en el numeral 15 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura que señala: Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.

- salvaguardar la imparcialidad e independencia de estos.
- Recientemente, y con motivo del alto interés público que algunas cuestiones pueden importar, ya sea en materia electoral o en materia constitucional, se ha optado por flexibilizar dicha regla en casos muy excepcionales y específicos. En ambos supuestos, se han desarrollado actos formales como incorporaciones reglamentarias o acuerdos del Pleno para efectivizar tal excepción. Esta situación implica un reconocimiento implícito de la imposibilidad de dar publicidad a ciertas deliberaciones con el margen normativo vigente en aquel momento.
 - Nuestra postura propugna la reserva de las deliberaciones; sin embargo, no se puede, por el momento, descartar que los órganos jurisdiccionales en casos muy excepcionales puedan abdicar de dicha reserva, identificando, en cada caso, el interés público subyacente.

Referencias bibliográficas

- Aragón, M. (2018). La deliberación en los tribunales constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (112), 377-385. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/64478>
- De la Jara, J., & Olórtogui, J. (2017). La contaminación de la confianza. Los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (8), 39-72. <https://doi.org/10.36649/rea802>
- García, V. (2013). *Los derechos fundamentales*. (2ª ed.). ADRUS.
- Guzmán, C. (2013). *Manual del procedimiento administrativo general*. Pacífico Editores.
- Leturia, F. (2018). La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española. *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 647-673. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000300647>
- Monroy, J., & Juan, F. (2009). *Teoría general del proceso*. (3ª ed.). Palestra Editores.
- Palavecino, C. (2011). Sistemas procesales e ideologías. *Derecho y Humanidades*, (17). doi:10.5354/0719-2517.2011.16973
- Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de derechos*. (1ª ed., Vol. 42). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. (1ª ed., Vol. 5). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/68>
- Ruiz, J. (3 de mayo de 2018). *El mito de la ausencia de estación probatoria en los procesos de amparo*. La Ley. <https://laley.pe/art/5287/el-mito-de-la-ausencia-de-estacion-probatoria-en-los-procesos-de-amparo>
- Sosa, J. (2017). Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. <http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Sacio-Peru.pdf>
- Tortolero, F. (2006). El secreto de las deliberaciones judiciales a debate. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 56(245), 345-382. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2006.245.61698>
- Velasco, J. (2009). Democracia y deliberación pública. *Confluencia XXI. Revista de pensamiento político*, (6), 70-79. <http://hdl.handle.net/10261/23050>

Normativa

- Constitución Política del Perú. (1979). <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
- Constitución Política del Perú. (1993). <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Congreso de la República de Colombia (1996, 7 de marzo). Ley 270 de 1996 [Estatutaria de la Administración de Justicia]. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf
- Congreso de la República del Perú (2019, 19 de febrero). Ley N° 30916 [Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia]. En diario oficial *El Peruano* <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-organica-de-la-junta-nacional-de-justicia-ley-n-30916-1742317-1>
- Jefatura del Estado (1985, 1 de julio). Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En Boletín Oficial del Estado. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/07bce58046e11d949bfagb44013c2be7/Ley+Organica+del+Poder+Judicial.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=07bce58046e11d949bfagb44013c2be7>

Junta de Gobierno (1964, 25 de julio). Decreto Ley N° 14605. [Ley Orgánica del Poder Judicial]. <https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/14605-jul-25-1963.pdf>

Junta Nacional de Justicia (2020, 10 de enero). Resolución N° 005-2020-JNJ. [Aprueban el Reglamento del Pleno de la Junta Nacional de Justicia]. En diario oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-el-reglamento-del-pleno-de-la-junta-nacional-de-jus-resolucion-no-005-2020-jnj-1845248-1>

Ministerio de Justicia. (1993, 20 de junio). Decreto Supremo N° 017-93-JUS [Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial]. En diario oficial *El Peruano*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H759026>

Ministerio de Justicia (2019, 25 de enero). Decreto supremo N° 004-2019-JUS [Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General]. En diario oficial *El Peruano*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf

Poder Ejecutivo (2008, 28 de junio). Decreto Legislativo N° 1071 [Decreto Legislativo que norma el arbitraje]. En diario oficial *El Peruano*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967713>

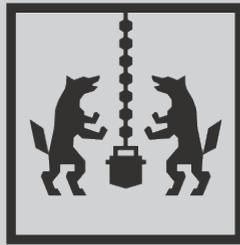
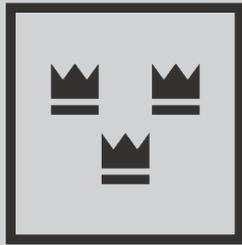
Poder Ejecutivo. (2010, 1 de setiembre). Decreto Legislativo N° 1094 [Código Penal Militar Policial]. En diario oficial *El Peruano*. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01094.pdf>

Tribunal Constitucional (2004, 14 de setiembre). Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC [Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional] En diario oficial *El Peruano*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FBB8ECF02D34F12805257A870054BEE7/\\$FILE/REGLAMENTO_T_C.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FBB8ECF02D34F12805257A870054BEE7/$FILE/REGLAMENTO_T_C.pdf)

Tribunal Constitucional (2020, 7 de mayo). Resolución Administrativa N° 058-2020-P-TC [Modifican el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional] En diario oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/incorporan-el-articulo-43-a-al-reglamento-normativo-del-trib-resolucion-administrativa-n-058-2020-ptc-1866076-1/>

Jurisprudencia

Sentencia recaída en el expediente N° 01142-2018-PA/TC, Tribunal Constitucional



RETOS AL DERECHO EN EL BICENTENARIO

Pedro Miguel Angulo Arana¹

Introducción

Los peruanos hemos cumplido 200 años de independencia, pero, como afirmó el maestro Jorge Basadre, la promesa de la vida peruana se encuentra en espera (Elías, 2021). Y, más aún, la última contienda electoral para ganar la presidencia del país, en el bicentenario, nos ha puesto delante de los ojos muchos temas no solucionados.

Si bien en la primera vuelta hubo acusaciones virulentas, fue la segunda vuelta y también la llegada a la presidencia del señor Pedro Castillo, al rodearse de personas con diversos inconvenientes, lo que ha venido a reavivar la idea de que nuestro país no ha avanzado mucho en dominar prejuicios, estereotipos y excesos variados².

Hemos advertido igualmente, por pronunciamientos de instituciones privadas que tienen que ver con la prensa peruana y por observadores europeos que estuvieron en el Perú, que la prensa se desvió de sus valiosos fines, terminando por actuar parcializada e interesadamente. Ello es un tema no saneado y un problema grave.

En el presente trabajo, hemos de analizar brevemente algunos de los más preocupantes problemas que apreciamos y que representan, a su vez, grandes retos para que, a través de las normas pertinentes y una decidida voluntad política, se les pueda enfrentar y ofrecer soluciones encaminadas a superarlos.

1 Pedro M. Angulo Arana, abogado, magíster en Ciencias Penales y doctor en Derecho. Ex Fiscal Superior Titular en lo Penal de Lima, ex Decano del Colegio de Abogados de Lima, ex integrante del Consejo Ejecutivo del Poder judicial.

2 Es evidente que, en los últimos meses, en el Perú se advierte una creciente manifestación de fractura social y racismo. “[...] el racismo es una experiencia que se sufre. Pero es más, está construido sobre una trama de relaciones clasistas, de género, étnicas y de poder que tienen efectos en la propia institucionalidad, pues allí se legitiman. No es sólo un asunto de relaciones interpersonales que se activan en el contacto diario y se pueden salvar con el ‘solapamiento’, pues el solapar quiere decir encubrir, fingir, esto es, hasta cierto punto entonces, aceptar pero rodeando” (Oboler & Callrigos, p. 12).

I. El problema de la corrupción

El espíritu que definió las últimas elecciones que enfrentaron al señor Pedro Castillo, hoy presidente de la República, con la señora Keiko Fujimori, fue el de la lucha contra la corrupción, pues, debido a los procesos que enfrenta la señora Fujimori, a pesar de que no son estrictamente por corrupción, fue identificada con tal problema (El Comercio, 2021, 30 de mayo)³.

Así, Pedro Castillo, a pesar de que sus adversarios lo trataron de encasillar como líder de la ultraizquierda, fue asumiendo el compromiso de luchar contra la corrupción, y eso fue lo que le permitió ganar las elecciones. Ello, además, es coherente con que su mayor debilidad fueron las acusaciones a su aliado Cerrón, justo por corrupción.

El hecho es que la ciudadanía, harta de presidentes, gobernadores regionales y alcaldes procesados, con el recuerdo puesto en el caso Odebrecht y el de los Cuellos Blancos del Puerto y los Hermanitos, que involucran a altas autoridades, congresistas, jueces y fiscales, votó por luchar contra la corrupción.

Ahora bien, al momento se espera que el presidente Castillo efectúe alguna iniciativa relevante que manifieste de modo claro la voluntad política de su gobierno de luchar realmente contra dicho mal. Todavía solo se escuchan las mismas expresiones del expresidente Vizcarra en las que pide que los ciudadanos denuncien a los corruptos.

También se mantiene la CAN⁴, se dice que se apoyará a la Contraloría, a la Fiscalía y todo lo que siempre se suele decir como palabras y discursos vacíos de contenido real y concreto, y no se intenta, por ejemplo, crear un organismo nuevo con la consigna de efectuar una lucha permanente y sostenida en contra de la corrupción.

Por lo dicho, es fácil advertir que, al parecer, nuevamente quedarán pendientes para el futuro la voluntad política y la lucha concreta contra la corrupción que debe efectuarse a partir de medidas nuevas, a imitación de

3 Además, se citaron expresiones fuertes de Castillo, quien abordó muy bien el asunto: "Pueblo peruano, yo quisiera agradecer a todas las ciudades del país que claman en las calles y plazas la lucha frontal contra la corrupción. ¿No les suena a ustedes que hablar de corrupción es sinónimo del fujimorismo? ¿No les suena a ustedes que para hablar de corrupción tienes que tener una pizca de moral?"

4 La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción ya no es lo que fue. Originalmente, era de alto nivel, porque reunía al presidente del Poder Judicial y al Fiscal de la Nación, quienes, además, la presidían por turnos, pero después dejaron de presidirla, bajó su nivel y quedó encargada a un funcionario de la Presidencia del Consejo de Ministros, sin mayor sentido, pues su objetivo eran los acuerdos de alto nivel que reunieran a las cabezas de las instituciones que combaten la corrupción, lo cual era inalcanzable si ello se pretende desde un nivel que no compromete a tales instituciones. De cualquier modo, la CAN no ha tenido ningún logro relevante en la lucha contra la corrupción.

los países en que realmente se han conseguido avances trascendentales en la lucha contra ese lastre (Lucena, 2016; Guillemí, 2021).

Ello pasaría por crear una nueva entidad que reúna a personas sin tacha que conozcan realmente la función pública y puedan pertrecharse de recursos suficientes como para dar la pelea contra los corruptos, pero se requiere también que no se crea que Castillo ganó solo por la existencia de un mero antifujimorismo.

II. La descentralización

Hoy en día, es evidente que la descentralización, tal como se ha dado, fue un fracaso rotundo en tanto pasó por alto la preparación de condiciones concretas para su adopción y solo parece que se tuvo en cuenta el aprovechamiento por ciertos partidos políticos de los recursos y presupuestos que se repartieron hacia las regiones.

Así, por ejemplo, originalmente, las primeras elecciones regionales se dieron cuando el Partido Aprista estaba en plena organización y se preparó para ganar el mayor número posible de presidencias regionales, lo que efectivamente logró hacer; y recordamos que los partidos nacionales limeños obtuvieron el 50 % de gobiernos regionales (Zavaleta, 2013).

También, es conocido que la experiencia ha enseñado que nada se gana con entregar presupuesto si los destinatarios carecen de proyectos e ideas para hacer inversiones, más allá de levantar monumentos, adornar parques, aumentar el número de servidores, funcionarios y gastos. Ello expresa déficits en la capacidad de gestión (Flores Arocutipa, 2021).

Otro hecho es que primero se normó que las regiones deberían señalar de un listado de acciones aquellas que podían asumir para su gestión, de modo que recibirían el presupuesto correspondiente, pero, al no haber pedidos suficientes, se cambió y se permitió señalar a sola palabra las temáticas que podrían asumir.

Lo que sucedió es que se asumieron tareas sin preparación suficiente y se cuenta que hubo presidentes regionales preocupados que llegaron a Lima para pedir que no les envíen el presupuesto, pero los conminaron a recibirlos y, obviamente, además de crasos errores, ello solo incentivó muchos hechos de corrupción.

Por lo dicho, la normatividad de una descentralización adecuada, esto es la transversal (López Más, 2014)⁵, todavía está por hacerse de modo razonable

5 “[...] nuestro país requiere de ‘regiones’ con tamaño crítico, para que la descentralización sea sostenible en el largo plazo, gracias, entre otros factores, a la diversificación del sistema productivo, con productos/servicios de alto valor agregado, orientado al

y apuntando a zonas en que se requiere inversión con el acompañamiento, la asesoría y la fiscalización necesarios para evitar lo que suele suceder.

Lo referido, además, supone terminar con la visión en que las regiones existen solo para satisfacer las necesidades de Lima. Y supone erradicar los intereses de las empresas de que no les surja competencia fuera de Lima y que, por ello, se confabulan contra las iniciativas descentralistas e impiden todo impulso real a las regiones.

III. Perfiles para cargos públicos

Los últimos nombramientos de ministros, efectuados por el presidente Castillo, al parecer, representarán una línea límite, pues se ha notado un excesivo abuso de las facultades al nombrar a personas totalmente carentes de cualidades y experiencia que solo permiten prever que no se conseguirá nada bueno en sus carteras.

Así, tanto el defensor del pueblo, Walter Gutiérrez (La República, 2021, 24 de agosto), como el contralor de la República (Diario Oficial El Peruano, 2021, 8 de septiembre), Nelson Schak, han expresado grave preocupación por los nombramientos que se han efectuado, lo que ha devenido a originar una discusión muchas veces postergada sobre los perfiles deseables para tan altos funcionarios públicos.

La raíz del problema podría haber estado en la Constitución de 1979, pues quienes generaron tal normativa fueron el APRA y los partidos de izquierda, y era obvio que para la presidencia de la República no colocaron ninguna exigencia más allá de ser peruano de nacimiento, mayor de edad y con libre ejercicio de la ciudadanía. Evidentemente, al darse la Constitución de 1979, en el APRA, se tenía claro que su líder y fundador, Víctor Raúl Haya de la Torre, sería el candidato a la presidencia de la República y, en conocimiento de que aquel no culminó sus estudios, se dejó de establecer cualquier exigencia para los postulantes a la presidencia del país. El colocar exigencias para postular a la presidencia de la República hubiera supuesto que se le ponían trabas a su objetivo y ello era imposible considerando que era el presidente de la Asamblea Constituyente peruana. Así, fue una circunstancia coyuntural la que determinó que no se consideren exigencias.

De igual manera, para el caso de los congresistas, no se impusieron exigencias, por encima de que sean peruanos de nacimiento, mayores de 25

mercado nacional y para fines de exportación. En estas regiones, pueden establecerse círculos virtuosos: población electoral grande, crecimiento económico regional, base tributaria amplia y crecimiento fiscal, crecimiento económico, desarrollo regional basado en fuerzas endógenas y de inserción al mercado internacional." (López Más, 2014, p. 51).

años y ciudadanos en ejercicio, lo cual no sucede en otros países del mundo. Lamentablemente, cada cinco años advertimos que siempre podemos tener representantes más cuestionados.

El tema, en todo caso, se está considerando y la iniciativa del defensor del pueblo (Mejía Castro, 2021) ya se empezó a debatir, pero existe resistencia de muchos representantes. Ello tiene que ver con que muchos políticos no buscan prepararse ni valoran lo que es la formación ni de los estadistas ni de los técnicos. Por ende, el asunto esperará.

IV. Las instituciones supervisoras

Las instituciones supervisoras de cualquier tipo en el Perú han sido totalmente tergiversadas y solo se mantienen bajo la autocomplacencia de repetir las misiones y las visiones institucionales, para lograr un mejor marketing al difundir los fines que manifiestan cumplir con sus existencias.

Hace algún tiempo, cuando se pretendió dar una norma para el trabajo de los jóvenes, que fue llamada la Ley Pulpín⁶, cabe recordar que se produjo una reacción muy negativa que impidió que se llevara a cabo. ¿Cuáles fueron los motivos?: que posibilitaba abusos contra los jóvenes y que no existía una acción suficiente de control como para impedirlo.

Evidentemente, lo referido supuso una tremenda crítica al trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) que, presuntamente, para revertir la realidad de los abusos y el descontrol en el trato de las empresas a los trabajadores, se había fundado poco tiempo antes y debió guardar silencio⁷.

Indecopi, desde hace mucho, ha sido una institución capturada por asesores de las empresas que habían trabajado al servicio de estas para eludir el control.. Evidentemente, una vez dentro, los asesores se han encargado de disminuir o desaparecer multas, de archivar procesos y de torcer sus fines de cualquier modo.

Es gracioso apreciar que, en otros rubros, existe preocupación por evitar que personas con intereses asuman los cargos, pero en entidades que realizan supervisión al más alto nivel, se designa a profesionales que hacen carrera como asesores en esos temas y que tendrán compromisos y tentaciones, considerando que retornarán a lo privado.

6 Se trata de la Ley N° 30288, Ley de Régimen Laboral Juvenil, que fue aprobada en el Congreso el 11 de diciembre del 2014 y, luego de muchas marchas, plantones y protestas juveniles, fue derogada por el mismo Congreso el 26 de enero del 2015

7 La Ley 29981 es la norma que modifica la ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo y crea la Sunafil el 14 de enero del 2013.

Este tema no se ha enfrentado, pues no ha habido una autoridad nacional que tenga interés en romper las redes de *lobbies* y corruptelas o corrupción clara y llana que se ha instalado a nivel de estos organismos. Además, en otros organismos, como en los vinculados a control medioambiental, hay confusiones y superposiciones normativas (ESAN, 2016).

V. Promoción de la mujer

La presidencia del señor Castillo, con los colaboradores que distinguió en altos cargos, ha revelado que Lima no es el Perú y que, al interior del país, donde subsiste un tradicional machismo, se tiene que hacer mucho todavía en favor de la igualdad entre mujeres y hombres y generar mejor trato para ellas.

La pandemia, con el consiguiente encierro entre las cuatro paredes de las casas, en los mejores casos obviamente, tuvo el grave inconveniente de reunir bajo un mismo techo a las mujeres maltratadas y a sus maltratadores, y ello se ha reflejado en denuncias de maltratos y también en una penosa cifra de feminicidios.

La Defensoría del Pueblo realiza la tarea de hacer seguimientos en estos temas, pues tiene una adjuntía especializada. La responsable, en una nota de prensa, había advertido que, en el 2018, se habían registrado cifras récord de 149 feminicidios y 304 tentativas de feminicidio⁸.

Desgraciadamente, al año siguiente, se superaron todas las cifras y, desde la Defensoría del Pueblo, se informaba que se registraron 168 casos de muertes violentas de mujeres, compatibles con feminicidio (Andina, 2019, 11 de diciembre). Y si bien no se indicó sobre las tentativas, estas cifras hacían temer lo que sucedería en tiempos de la COVID-19.

En el 2020, lo cierto es que la cifra de feminicidios no fue mayor, pero ello no nos debe de alegrar, puesto que las dificultades de la COVID-19 han impedido quejas, denuncias y que puedan huir las mujeres. Así, el tema es que no se sabe mucho sobre los intentos de feminicidio ni sobre lo que son supuestas “desapariciones”.

En el tema de las desapariciones, existen cifras diversas. La Defensoría había calculado en 915 las desapariciones durante la cuarentena. El Ministerio

8 Nota de prensa N° 048/OCII/DP/2019 del 21 de febrero del 2019, titulada Feminicidios y Tentativas aumentaron 23% en un año. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/NP-048-19.pdf> En la nota, la adjunta Eliana Revollar detalló que las regiones con mayor índice de feminicidio son Lima Metropolitana, Arequipa, Áncash, Puno, Cajamarca, Lima provincias, Cusco, Huánuco, Ica, Loreto, Ayacucho, Junín y La Libertad. El 88 % de las víctimas fueron mujeres adultas; un 9 %, niñas y adolescentes; y 3 % adultas mayores.

de la Mujer registró 1200 casos, pero el Ministerio del Interior, entre el 16 de marzo y el 30 de julio de 2020, a través de la policía, registró la desaparición de 2766 mujeres (Lima, 2020, 26 de agosto).

Como puede apreciarse, el asunto es grave y debe atenderse como política pública, pero lamentablemente no parece que el actual gobierno hará mucho, pues es evidente que, dentro del mismo, existe una visión que no considera el mal o lo subordina por el interés ideológico de atender otros asuntos, de modo que se seguirá esperando.

VI. La informalidad

La formalización igualmente parece que será un tema que deberá aguardar mejores tiempos, dado que, al parecer, el presidente Castillo ha tenido entre los impulsores de su candidatura a personas vinculadas a la informalidad en diversas materias, tal como ha venido sucediendo en gobiernos anteriores, como los de Toledo, García y Humala.

El problema de la informalidad se arrastra desde hace varios gobiernos a los que no les interesó hacer nada, por el hecho de no perder electores y porque recibieron apoyo económico o donaciones, precisamente de quienes ganan dinero, no pagan impuestos e invirtieron para seguir en igual condición.

Ello ha venido ocurriendo de modo sistemático en relación con la minería informal y hasta ilegal, cuyos autores han podido impedir que se ponga límite o punto final a la “formalización” que no es ningún proceso real, sino una simple mascarada para regularizar o “tolerar” lo que debía ser erradicado y combatido (Milberg, 2021)⁹.

Así, mediante la ley, se “legaliza” que los informales sigan incurriendo en la destrucción de la naturaleza y se posibilita que las mineras formales tengan un conducto ilegal para ganar mucho dinero por la vía más barata, de modo que todos se ven favorecidos y satisfechos, pero la naturaleza cada vez está más dañada.

Ello mismo ha incentivado que los cocaleros también hagan donaciones con la idea de legalizar el sembrío y la explotación de la coca. Sin embargo,

9 “[...] han transcurrido casi veinte años desde la promulgación de la Ley No. 27651, sin que se haya logrado mayores avances para obtener la formalización de las actividades mineras informales en el país. Si bien hay razones de distinta índole para explicar por qué no ha culminado el proceso de formalización, lo cierto es que es un proceso que no ha rendido los frutos queridos. El desarrollo de esta actividad informal e ilegal genera graves afectaciones a los ecosistemas frágiles y a la salud de la población, evasión de impuestos, obstaculización de otras actividades económicas y se asocian a la minería informal e ilegal situaciones delictivas, como trata de personas, lavado de activos, comercio clandestino, tala ilegal, corrupción, entre otros” (Milberg, 2021).

se sabe que no podrá usarse de modo legal tanta cantidad, lo que deviene a hacerle el juego al narcotráfico, pero es evidente que los políticos no aceptan el dinero de buena gana, venga de donde venga.

Adicionalmente, los problemas económicos creados por la COVID-19 han devenido a que se genere el quiebre de muchas empresas y, por ello, se han perdido muchos puestos de trabajo. Así, de pronto, las calles, en todas las capitales de regiones del Perú, se han visto invadidas por informales, lo cual es un tema urgente de atender (Lavado & Yamada, 2021).

Desde los estudios que hiciera Hernando de Soto sobre la informalidad en el Perú, en realidad, se ha avanzado muy poco y todo está por hacerse: los incentivos para la formalización, la simplificación administrativa, las disminuciones estratégicas de impuestos o la unificación de aquellos, según los casos, facilidades para préstamos.

VII. Racismo y odios enconados

El discurso del odio que se ha desarrollado durante la segunda vuelta se ha proyectado después, desde un inicio del gobierno de Pedro Castillo, y se sigue manifestando de una forma grave, porque promueve el odio y el resentimiento e incentiva al revanchismo y hasta a las agresiones verbales y físicas.

En lo dicho, puede apreciarse un grave retroceso, puesto que anteriores gobiernos se esforzaron por tratar de eliminar distancias y buscar algo más que la denominada pacificación, luego de la caída de Abimael Guzmán, con lo cual quedó muy debilitada la agrupación terrorista Sendero Luminoso.

Luego de la caída del gobierno de Alberto Fujimori, Valentín Paniagua fue quien tomó la iniciativa a tal respecto al conformar la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) que no fue entendida por todos, pero representó una acción de sinceramiento para mostrar con objetividad los hechos de la guerra interna entre 1980-2000¹⁰.

Luego, se dieron los esfuerzos de Alejandro Toledo, con mensajes de reivindicación andina que llegaron a torcerse por expresiones desafortunadas de Eliane Karp y, más aún, por los actos de corrupción y los desatinos de ambos esposos, pero que no representaron una virulencia trascendente.

Alan García tuvo igualmente frases desafortunadas al expresarse con soberbia y haciendo diferenciaciones entre los peruanos, a partir de los terribles sucesos acontecidos en Bagua, donde la falta de coordinación,

10 Producto de años de trabajo emergió el Informe Final, en el cual se recogió en detalle y con testimonios de primera mano, los principales sucesos. <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>

de capacidad de diálogo y la inexperiencia de los ministros involucrados determinaron la pérdida de vidas.

Después, el gobierno de Ollanta Humala enarboló la inclusión como bandera y, a partir de diversos programas de ayuda del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis), puede decirse que consiguió generar mejores oportunidades para muchas personas, sobre todo para los jóvenes antes dejados de lado, pero hubo quienes le acusaron de traición.

Finalmente, en las últimas elecciones, todo ello se ha perdido, pues se ha instalado un discurso del odio y la fractura social. Unos les dicen a otros resentidos, fracasados y los terruquean, mientras los así señalados llaman a los primeros corruptos, mafiosos y traidores. Aquí, el reto será sanar heridas, reconciliar y posibilitar diálogos.

VIII. Educación universitaria

Será muy importante que luego de la reforma universitaria y la liquidación de la nefasta Asamblea Nacional de Rectores y del Conafu, se refuerce a la Sunedu, de modo que se pueda ingresar a una segunda fase en que se refuerce a las universidades, se incida en la investigación y la dedicación a tiempo completo de los catedráticos.

Tiene que cambiarse la realidad de los grupos que se enquistaban y se adueñaban de los cargos administrativos universitarios, generaban concursos amañados, se dividían las horas a su comodidad y asignaban cursos diferentes a los profesores nuevos, de modo que impedían que se especialicen. Igualmente, se tienen que superar las infraestructuras engañosas, los pésimos sueldos por horas a los profesores, el que existan decanos y rectores eternos que destruyen todo género de vida universitaria real y han servido para generar fortunas a costa del mal servicio, el engaño y las estafas a los padres de familia y los alumnos.

En los hechos, ha sido difícil dar la batalla por la reforma y ha sido una ironía que sea un militar, el general Daniel Mora, a quien se debió el gran combate en contra de la mediocridad creciente y, desde otra visión, las ruinas en que se debatían los estudios universitarios en el Perú, cada vez más alejados del reconocimiento internacional.

Estaba previsto que a los “universitarios”, por llamar así a los rectores, los decanos y todo género de autoridades al interior de las malas universidades, no les interesaba no ser competitivos y que se los vea mal, pues les bastaba con tener un buen marketing, repartir tarjetas y tener muchos locales. Por ello, reaccionan contra los cambios (Monge Morales, 2016).

Es evidente que estos problemas no podrán superarse tan rápidamente, puesto que hay dueños de universidades que también han fundado partidos

políticos para influenciar y liberarse de problemas, de modo que, cada cierto tiempo, se reavivan las hostilidades contra la Sunedu, pues no existe compromiso para hacer las cosas mejor (La República, 2020, 11 de noviembre).

Así, la actual composición del Congreso permite predecir agresiones a nuestro sistema universitario; deberemos estar listos a defender lo conseguido; precisamente, se acaba de hacer público un proyecto de ley de Acción Popular, que es una iniciativa en favor de las universidades no licenciadas por la Sunedu (García, 2021, 31 de agosto).

IX. Educación escolar pública

La educación escolar pública, lamentablemente, sigue deteriorándose y se debate en una crisis cada vez mayor, en los últimos tiempos agravada por la emergencia que ha representado la COVID-19 que determinó que se suspendan abruptamente las clases presenciales y solo las pudieron continuar quienes tenían el recurso de las redes.

La crisis ha estado determinada por la desatención tradicional de la educación por los gobiernos, uno tras otro, y se pudo apreciar cómo el colmo de ello se reflejó en textos oficiales con mapas del Perú alterados, ideas favorables a Sendero Luminoso y temas sexualmente inadecuados para los niños, sin hablar de errores matemáticos¹¹.

Otro hecho es que deberían continuar las exigencias y las evaluaciones de los profesores, lo que conlleva a que mejore la educación de los alumnos, pero contra ello se aprecia que se han desarrollado resistencias y ahora han llegado al Congreso profesores que no habían aprobado las evaluaciones, lo que no es nada positivo.

A lo referido se suma el hecho de que los profesores, además de no aceptar ser evaluados, se han politizado mucho, lo cual permitió, hace algún tiempo, que se descubriera que exmilitantes de Sendero Luminoso se habían infiltrado y tratado de formar un sindicato que pugnaron porque fuera reconocido formalmente.

El grupo se denomina Comité Nacional de Reorientación y de Reconstitución del Sutep (CONARE-Sutep), considerado el segundo brazo político de Sendero Luminoso; y tal grupo se ha desarrollado bajo la idea de no permitir evaluaciones a los profesores. Y esto último le ha permitido ganar mucho apoyo.

11 “En aras de ahorrar, en los últimos años, el Estado ha sido muy pequeño y no tiene competencias para plantearse esquemas de inclusión. Por ejemplo, en los últimos 20 años las competencias educativas han caído sustancialmente”, explica César Fuentes en entrevista con Rumbo Económico” (Fuentes, 2015).

Así, lamentablemente, se verifica que el Estado peruano abandona a los niños (Ochoa Rivero, 2015) en una situación en que profesores vinculados a Sendero buscan prosélitos y se aprovechan de la lejanía del campo y de la falta de capacidad crítica de los menores para ganarlos a su causa, lo cual configura un crimen en contra de tales niños.

En las actuales circunstancias, no se aprecia que el grave problema que se cierne sobre los niños y los jóvenes será atendido, sino todo lo contrario: ni a los profesores podrá exigírseles mejor formación y, por ende, la educación seguirá empantanada y no se podrá mejorar en los años que vienen.

X. Nuestra prensa

Al hablar de nuestra prensa, queremos comprender a los medios clásicos, tales como los canales de televisión, las radios, la prensa escrita y sobre todo la que es más significativa por tener su domicilio en Lima, y proyectarse a nivel nacional y con respecto a ella, advertimos que lamentablemente no cumple bien sus finalidades.

Como es sabido, a los medios de comunicación les corresponde ser expresión viva de los derechos a las libertades de información, de comunicación y de expresión. Así mismo, los medios deben servir para informar y, a través de tal fin, contribuir a generar opinión pública de manera objetiva, tolerante e imparcial.

Lo que se ha advertido en las últimas elecciones es que los medios han tratado a las informaciones a partir de sus simpatías o antipatías, de las relaciones, los deseos o las ideologías de los dueños de aquellas¹². Y mayoritariamente cerraron filas en contra de un candidato que se manifestó contrario al estado de cosas.

Es evidente que una mayoría de medios se sintió amenazada, porque el antecedente inmediato fue que el presidente Vizcarra había logrado un abrumador apoyo de los medios a su favor, a partir del avisaje del Estado, que siempre ha solido ser utilizado por los poderes ejecutivos para lograr apoyo mediático.

Quizá pueda decirse que todavía no se supera lo vivido en el fujimorismo, lo cual sucedió durante varios años en que se recibía dinero por las líneas periodísticas que se ponía al servicio de poder titulares y primeras planas. Ello, por lo demás, también es expresión de la corrupción, en tanto mal endémico de nuestro país.

12 El Tribunal de Honor del Pacto Ético del Jurado Nacional de Elecciones fue una de las instituciones que censuró la falta de objetividad de la mayoría de los medios peruanos (Europapress, 2021).

Fue muy significativo apreciar, tanto en prensa escrita como en la televisión, cómo en la época de las elecciones hubo despidos de periodistas o renunciadas y alejamientos de aquellos, pues prácticamente se llegaba a colmos que demostraban las parcializaciones totalmente desembozadas.

Los desencuentros han determinado que muchos rostros conocidos se alejen de la televisión y que aparezcan otros nuevos, que tuvieron la oportunidad de ingresar a ella, pero el problema todavía lo llevamos a cuestas y, por las disputas existentes en el país, se aprecia que deberá esperarse para que este pueda atenderse.

XI. Partidos políticos

Podría decirse que los partidos políticos peruanos solo poseen ese nombre, porque la ley lo dispone y obliga, pero no se parecen en nada a los partidos políticos de otras latitudes, sean los norteamericanos o los europeos y ni siquiera a los más orgánicos de los que existen en Argentina o Chile.

Es común sostener que, en el Perú, durante el gobierno de Alberto Fujimori, se afectó gravemente a la política nacional, que generó el colapso de los partidos políticos (Tanaka, 1999, p. 7), y es verdad que Montesinos se encargó sistemáticamente de lograr ello, pero lo cierto es que estaban bastante corroídos y, por ello, no fue difícil darles el golpe de gracia.

Fujimori los denominó en conjunto como la “mazamorra negra”, y el nombre fue aceptado, pues la corrupción había caracterizado y definido al gobierno de Alan García y la ciudadanía apoyó masivamente el cierre del Congreso, en el autogolpe del año 1992, que devino en la constituyente que dio la Constitución de 1993.

Descubierta la corrupción del fujimorismo, se dio paso a la llegada al poder de Alejandro Toledo, quien nunca tuvo un partido orgánico y, con el final de su gobierno, también vino el fin de su partido. Lo sucedió Alan García, quien, a partir de su segundo gobierno, determinó una crisis mayor a su partido, debida a la corrupción regional.

El advenimiento de los gobiernos regionales demostró la corrupción de los partidos políticos nacionales y, por ello, decayeron, mientras se fortalecían las agrupaciones regionales y llegaban al poder. Precisamente, la desconfianza en los partidos de Lima y la identificación regional¹³ es lo que

13 Se puede apreciar distanciamientos y falta de credibilidad grave en los partidos políticos limeños nacionales e institucionalizados: “[...] los resultados mostrarían que hay un fuerte componente regional que influiría sobre la votación, teniéndose que Lima metropolitana es la región donde los partidos institucionalizados reciben mayor apoyo. Esta última relación se mantiene con mayor fuerza al considerar las elecciones a nivel distrital. El componente regional se sustenta en el hecho de que, según diversos autores, existe un

explica lo sucedido en las últimas elecciones.

También, se advierte que algunos fundadores de partidos políticos se manejan como dueños de aquellos en vez de presidentes y, principalmente, se dedican a proteger sus intereses o a ellos mismos (incluso de persecuciones penales) y a realizar intercambios. Precisamente por ello, al interior no existe democracia alguna.

Corolario de todo, en el 2021, perdieron su inscripción el partido Aprista y el Partido Popular Cristiano y, por vez primera, un partido fundado fuera de Lima, Perú Libre, llevó al poder a Pedro Castillo (Seifert Bonifaz, 2014)¹⁴ como vientre de alquiler, lo que está motivando roces. Además, queda pendiente la reforma electoral, por diversos problemas ya conocidos (Weber 2016).

XII. Cooperación imprescindible

Será necesario que, en el futuro, cuando exista voluntad política en el Perú de combatir el gran delito, se unan para cooperar la Superintendencia de los Registros Públicos, la Sunat y la Unidad de Inteligencia Financiera, para que se realice la investigación, la prevención y la persecución del lavado de activos y otros delitos.

¿Qué puede suceder a estos niveles? Que compartan información con unidades especializadas de la Policía Nacional en coordinación con el Ministerio Público, especialidades anticorrupción y criminalidad organizada, para que se puedan hacer seguimientos al dinero, a la adquisición de propiedades y a descubrir testaferros.

Se podría compartir registros y realizar detecciones tempranas de movimientos sospechosos para hacer seguimientos preventivos, todo lo cual debería estar estrictamente normado para evitar excesos y que se actúe solo ante elementos de convicción claros y suficientes. Algo así ya se ha adoptado en Chile¹⁵.

fuerte componente social y de identidad en el proceso de votación." (Ocampo Corrales & Sparrow Alcázar, 2013, pp. 36-37).

14 "Las elecciones regionales y municipales del 2002 al 2010 mostraron el colapso de los partidos nacionales porque estos no fueron capaces de mantenerse como fuerza política dominante, lo que evidenció su incapacidad para establecer raíces sólidas en la sociedad. Sin lealtad partidaria pareciera que poco a poco están destinados a la desaparición en este ámbito sub-nacional. Este indicio de extinción está acompañado de la presencia y fuerza política que los partidos regionales están teniendo. Los votantes los reconocen como actores y vehículos legítimos que son capaces de satisfacer las demandas insatisfechas por los partidos nacionales" (Seifert Bonifaz, 2014, p. 109).

15 En julio de 2012, a iniciativa de la Unidad de Análisis Financiero (UAF), con el apoyo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Interamericano de Desarrollo, 20 organismos públicos chilenos emprendieron la tarea de diseñar y elaborar una Estrategia Nacional

Hoy en día, al mantenerse bajo reserva las informaciones, con respecto a las entidades que investigan y que saben guardar reserva y secreto, solo se está favoreciendo a los delincuentes que sin que nadie les moleste desarrollan imperios delictivos y solo cuando se extralimitan recién se reacciona y se les investiga.

El funcionamiento sería como sucede en la UIF que, ante signos determinados que están establecidos en la norma, presta atención a ciertos hechos, determina las alarmas y entrega información. Es evidente que a ese nivel también se requieren cambios, pues no se advierte que se esté frenando el lavado de activos.

Lo referido se relaciona con que nuestras autoridades todavía tienen una tradicional visión reactiva y no preventiva del delito; tampoco desempeñan su labor con iniciativa y de modo racionalmente agresivo, sino que se espera que la iniciativa la tome alguien y cuando se exige reacciones estatales, recién se empieza a hacerlo.

Por lo dicho, la acción que norme y remedie todo lo anotado todavía estará por darse por buen tiempo, pues no existe voluntad política para combatir el delito, y eso es coherente con el hecho de que los mismos presidentes estaban también cometiendo delitos en agravio del Estado y no tenían intención de dificultarlo.

XIII. La industrialización

La industrialización del país, tantas veces postergada, sigue siendo una deuda que no se busca pagar y que, día a día, mientras persiste, nos retrasa y nos hace más dependientes al solo exportar materias primas que, en muchos casos, se sabe que se acabarán. Ahora bien, lo cierto es que existen alternativas de industrialización (Porlles Loarte, J., Cachay Boza, O. & Salas Colotta, G., 2015, pp. 89 y ss).

No se aprecia que los políticos tengan clara conciencia del destino que tendremos si perdemos la oportunidad de instalar algunas industrias que se adapten a nuestras posibilidades para así mejorar los precios de lo que ofrecemos a los mercados externos y ganar algo más que solo entregando materias primas.

Las experiencias ya ocurridas, como la iniciativa de crear parques industriales, a pesar de su sonoro fracaso, han posibilitado que se planifique y se puedan generar normas para impedir que los favorecidos con pequeños terrenos para estos parques solo los revendan a terceros y se olviden de sus proyectos.

En nuestro país, solo ha prosperado el parque industrial en Villa El Salvador y puede servir de

para Prevenir y Combatir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (Estrategia Nacional ALA/CFT, <https://www.estrategiaantilavado.cl/seccion.asp?id=1>).

ejemplo, respecto de lo que podría hacerse en otras zonas del país, de modo planificado por el Poder Ejecutivo, tanto en lo positivo como en lo negativo, para no volver a tropezar con la misma piedra. Existe un plan que debería llevarse a término (Andina, 2021, 5 de julio).

Se debe incidir en estimular la creatividad y las invenciones, como se ha logrado en algunos colegios particulares e igualmente al interior de las universidades, empezando porque se realicen investigaciones, conforme a la ley universitaria, y así podamos aprovechar las ventajas para nuestra industrialización que los expertos advierten (Grieseler, 2018).

El ofrecer facilidades y estímulos normativamente para incentivar a los nacionales y a las empresas extranjeras que puedan instalarse y colocar industrias es importante; tienen que eliminarse muchos de los 74 trámites o los pasos para instalar industrias (Merzthal, 2016), pues en otros países son mucho menos: en Finlandia solo 4 y en EE.UU., solo 3.

Lo referido en cuanto iniciativa del Estado requiere la concepción de un estado dispuesto a intervenir y disponer de un presupuesto relevante en pos de la industrialización nacional, considerando lo explotable para ello de región a región y una cuidadosa planificación y asesoría para asegurar mercados a los productos.

XIV. Muchos pendientes

En realidad, hemos dejado de abordar temas apremiantes que hoy en día son materia de debate o, por el contrario, se disimulan. Uno que se calla es el tema de la reforma electoral, que debería abaratar costos e impedir que sea el dinero el que defina las elecciones en nuestro país, pero no se desea que continúe.

Otro es el tema de la reforma de artículos de la Constitución que consideramos necesario, pero se habla y se prepara un pedido para la Asamblea Constituyente sin tener un proyecto de la nueva Constitución que se desea y solo se imagina como debería de ser, lo que supone la improvisación con que se realiza esa iniciativa.

Lo cierto es que hay muchos proyectos normativos, uno de los cuales es el proyecto de Código Penal que ha sido dejado en el olvido, a pesar de que se han invertido varios años en debates y discusiones, pero bien sabemos que la política suele tener otras agendas e intereses. Lo urgente y lo importante deberán seguir esperando.

Referencias bibliográficas

Andina (2019, 11 de diciembre). ¡Cifras de terror! Femicidios del 2019 son los más altos de la década. <https://andina.pe/agencia/noticia-cifras-terror-femicidios-del-2019-son-los-mas-altos-de-decada-778043.aspx>

- _____. (2021, 5 de julio). Perú tiene cartera de 18 parques industriales que generarán 200,000 empleos. <https://andina.pe/agencia/noticia-peru-tiene-cartera-18-parques-industriales-generaran-200000-empleos-851995.aspx>
- Diario Oficial El Peruano (2021, 8 de septiembre). Contraloría propone educación superior completa y 10 años de experiencia para ser ministro. <https://elperuano.pe/noticia/128601-contraloria-propone-educacion-superior-completa-y-10-anos-de-experiencia-para-ser-ministro>
- Elías, P. (2021). “La promesa de la vida peruana” pendiente. Universidad de Piura. <https://www.udep.edu.pe/hoy/2021/07/promesa-de-vida-peruana-pendiente/>
- El Comercio (2021, 30 de mayo). Pedro Castillo: ¿No les suena a ustedes que hablar de corrupción es sinónimo del fujimorismo? <https://elcomercio.pe/politica/pedro-castillo-no-les-suenan-a-ustedes-que-hablar-de-corrupcion-es-sinonimo-del-fujimorismo-keiko-fujimori-pedro-castillo-segunda-vuelta-elecciones-peru-2021-fuerza-popular-peru-libre-arequipa-30-de-mayo-elecciones-generales-peru-2021-presidente-del-peru-jurado-nacional-de-elecciones-nndc-noticia/>
- ESAN (2016). La gestión ambiental en el Perú, sus autoridades competentes. Conexión ESAN. <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2016/04/gestion-ambiental-peru-sus-autoridades-competentes/>
- Europapress (2021). El Jurado Nacional de Elecciones de Perú rechaza la “falta de objetividad” de algunos medios peruanos. <https://www.europapress.es/internacional/noticia-jurado-nacional-elecciones-peru-rechaza-falta-objetividad-algunos-medios-peruanos-20210611035128.html>
- Flores Arocutipa, J. (2021). Regiones del Perú recibieron desde el 2004 al 2021: S/ 52 788 millones ¿Dónde están? *Prensa Regional*. <https://prensa-regional.pe/regiones-del-peru-recipientes-desde-el-2004-al-2021-5-52-788-millones-donde-estan/>
- Fuentes, C. (2015). Problemas sociales y su efectividad en reducir la pobreza. Conexión ESAN. <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/09/03/programas-sociales-efectividad-reducir-pobreza/>

- García, A. (2021, 31 de agosto). Alistan proyectos de ley para perforar la Reforma Universitaria. Perú 21. <https://peru21.pe/politica/congreso-de-la-republica-alistan-proyectos-de-ley-para-perforar-la-reforma-universitaria-noticia/>
- Grieseler, R. (2018). Perú tiene un potencial muy alto para industrializarse / Entrevistado por Miguel De la Vega. <https://andina.pe/agencia/noticia-peru-tiene-un-potencial-muy-alto-para-industrializarse-725152.aspx>
- Guillemí, R. (2021). El líder que terminó con la corrupción en su país y lo llevó a ser el más competitivo del mundo. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/el-lider-que-termino-con-la-corrupcion-en-su-pais-y-lo-llevo-a-ser-el-mas-competitivo-del-mundo-nid24072021/>
- La República (2020, 11 de noviembre). Presentan ante la Comisión de Educación un proyecto para reformar la Ley Universitaria. <https://larepublica.pe/sociedad/2020/11/10/comision-de-educacion-evaluara-manana-proyecto-para-modificar-ley-universitaria/>
- _____. (2021, 24 de agosto). Defensor del Pueblo planteó proyecto de ley para ampliar requisitos para ser ministro. <https://larepublica.pe/politica/2021/08/24/defensor-del-pueblo-planteo-proyecto-de-ley-para-ampliar-requisitos-para-ser-ministro/>
- Lavado, P. & Yamada, G. (2021). Empleo e informalidad laboral en la nueva normalidad. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. <https://www.cies.org.pe/es/investigaciones/elecciones-generales-2021/empleo-e-informalidad-laboral-en-la-nueva-normalidad>
- Lima, L. (2020, 26 de agosto). La epidemia silente de la desaparición de mujeres en Perú (y cómo ha impactado el coronavirus). BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53761324>
- López Más, J. J. (2014). Desafíos de la Regionalización y el desarrollo económico en Perú. Gestión en el Tercer Milenio, *Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, vol. 17-I, número 33. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/administrativas/article/view/11680>
- Lucena Cid, I. V. (2016). La lucha contra la corrupción política: Hong Kong un modelo de buenas prácticas. *Cuadernos de Gobierno y Administración*

Pública, vol. 3 número 2; Universidad Complutense de Madrid.
<https://revistas.ucm.es/index.php/CGAP/article/view/55086>

- Mejía Castro, X. (2021). Defensor del Pueblo presentó proyecto de ley que plantea requisitos para ser ministro. *Perú Legal*. <https://perulegal.larepublica.pe/temas-legales/penal/2021/08/24/ejecutivo-creo-nuevo-regimen-penitenciario-excepcional-701/>
- Merzthal, J. (2016). ¿Por qué no somos un país industrializado? Conexión ESAN. <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2016/01/13/por-que-somos-pais-industrializado/>
- Milberg, D. (2021). Una reflexión sobre el proceso de formalización minera en el Perú; *Pólemos*. <https://polemos.pe/una-reflexion-sobre-el-proceso-de-formalizacion-minera-en-el-peru/>
- Monge Morales, G. J. (2016). Todos contra la SUNEDU: un lamentable proyecto de ley contra la reforma universitaria: <https://www.enfoquederecho.com/2016/11/01/todos-contra-la-sunedu-un-lamentable-proyecto-de-ley-contra-la-reforma-universitaria/>
- Oboler, S. & Callirgos, J. C. (s/f). *El racismo peruano*. Ministerio de Cultura, Fondo Editorial. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/el-racismo-peruano.pdf>
- Ocampo Corrales, D. B. & Sparrow Alcázar, B. (2013). Institucionalidad y partidos políticos en el Perú. ¿Qué factores influyen sobre la probabilidad de la elección local de partidos políticos institucionalizados? Informe final. CIES Consorcio de Investigación Económica y Social y GRADE Grupo de Análisis para el Desarrollo. https://www.cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/informe_final_-_bsparrow_docampo.pdf
- Ochoa Rivero, S. (2015). Informe Nacional sobre docentes para la educación de la primera infancia. <http://repositorio.minedu.gob.pe/handle/20.500.12799/4213>
- Porlles Loarte, J., Cachay Boza, O. & Salas Colotta, G. (2015). ¿Qué requerimos para una industrialización sostenible del Perú? *Revista de la Facultad de Ingeniería Industrial*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/idata/article/download/12101/10827/42213>
- Seifert Bonifaz, M. (2014). Colapso de los partidos nacionales y auge de los partidos regionales; *Escuela de Gobierno y de Políticas Públicas*,

- Pontificia Universidad Católica. <https://escuela.pucp.edu.pe/gobierno/wp-content/uploads/2015/04/Colapso-de-los-partidos-nacionales-y-auge-de-los-partidos-regionales-M.-Seifert.pdf>
- Tanaka, M. (1999). Los partidos políticos en el Perú, 1992-1999; estatalidad, sobrevivencia y política mediática. En: *Sociología y Política* 25. Documento de trabajo 108. Instituto de Estudios Peruanos. <https://www.repositorio.iep.org.pe/bitstream/handle/IEP/897/documentodetrabajo108.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Weber, R. (2016). Unión Europea-Perú: Elecciones democráticas, pero atípicas. <https://www.dw.com/es/uni%C3%B3n-europea-per%C3%BA-elecciones-democr%C3%A1ticas-pero-at%C3%ADpicas/a-19182418>
- Zavaleta, M. (2013). Las fuerzas gravitacionales de la descentralización: historia de tres elecciones subnacionales. En: *Revista Argumentos*, Edición N° 2, Mayo. [https://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/las-fuerzas-gravitacionales-de-la-descentralizacion-historia-de-tres-elecciones-subnacionales/ISSN 2076-7722](https://argumentos-historico.iep.org.pe/articulos/las-fuerzas-gravitacionales-de-la-descentralizacion-historia-de-tres-elecciones-subnacionales/ISSN%2076-7722).

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉF. 424-8104 / 424-3411

FEBRERO 2022 LIMA - PERÚ



LA VOZ JURÍDICA



**CARRERA PROFESIONAL
DE DERECHO**

Universidad Antonio
Ruiz de Montoya

Universidad Antonio Ruiz de Montoya
Av. Paso de los Andes 970 – Pueblo Libre, Lima
Email: asistente.ctorado@uarm.pe
URL: www.uarm.edu.pe
Telf. (511) 719-5990



**KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**

Konrad Adenauer Stiftung e.V.
Av. Larco 109, 2° Piso, Lima 18 – Perú
Email: kasperu@kas.pe
URL: www.kas.de/peru/es
Telf. (511) 416-6100