

IusInkarri

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

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

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021
Lima, Perú

10



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA



UNIVERSIDAD
RICARDO PALMA

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10

DIRECTOR

IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Universidad Ricardo Palma, Perú

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

E-mail: irodriguez@urp.edu.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Perú

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

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

CONSEJO EDITORIAL

MAGDIEL GONZALES OJEDA

Universidad Ricardo Palma, Perú

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

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

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

Universidad Ricardo Palma, Perú

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

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

FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Universidad Ricardo Palma, Perú

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

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

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

Universidad Ricardo Palma, Perú

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

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

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

CONSEJO CONSULTIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EQUIPO TÉCNICO

Yuliana Padilla Elías (corrección de textos), Alex Flores Flores (asistente de edición), Yuri Tornero Cruzatt (traducción), Rodolfo Loyola Mejía (diseño), Miguel Condori Mamani (diagramación), Joel Alhuay Quispe (gestión electrónica).

ISSN: 2519-7274 (En línea)
ISSN: 2410-5937 (Impreso)
DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-03913

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

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

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

LICENCIA



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

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

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

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

IusInkarri[®]

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

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

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

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

- 11 IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

SEMBLANZA

Semblanza, vida y obra del Dr. Felipe Villavicencio Terreros (1955-2020). *In memoriam*

- 15 JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Derecho penal y delincuencia organizada: un análisis desde la perspectiva de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann

- 29 EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ

Due diligence de *compliance* penal en operaciones de *M&A* como criterio para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica adquirente o resultante, en el marco de la Ley n.º 30424

- 43 PERCY ANDRÉ SOTA SÁNCHEZ

La presunción de inocencia en el sistema acusatorio

- 89 MARÍA ESTHER FELICES MENDOZA

- El cumplimiento del fin constitucional de la pena en el sistema penitenciario peruano. ¿Utopía o realidad?
- 113 NANCY NOEMÍ GUERRERO MUÑOZ
- El control judicial de los límites materiales del poder de reforma constitucional en el derecho comparado
- 159 EVELYN MILAGROS CHILO GUTIÉRREZ
- Bicentenario y gobernabilidad: ¿Asamblea Constituyente o reforma constitucional?
- 185 RENZO CHIRI MÁRQUEZ
- La influencia de los postulados de la Revolución francesa en la Constitución de 1823
- 203 OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA
- Nociones y discusiones sobre la Administración pública en el Perú: una mirada a su diferenciación administrativa y jurisdiccional
- 249 RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO
- Minería en la Amazonía: un fracaso civilizatorio
- 267 LUIS A. HALLAZI MÉNDEZ
- Asimetría de información y el consumidor de productos tecnológicos en la era internet
- 285 ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4531

PRESENTACIÓN

El número 10 de *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* de la Universidad Ricardo Palma contiene artículos escritos por profesionales dedicados a la docencia e investigación en el ámbito universitario del derecho, que permiten hacer de conocimiento público los resultados de diversos trabajos académicos en diferentes áreas de las ciencias jurídicas. La originalidad, la rigurosidad y la calidad reflejan el compromiso por parte de la facultad con los aportes científicos para la comunidad académica en el país.

El desarrollo en el área penal ha sido uno de los temas de principal interés por parte de nuestra facultad. De igual modo, en cuanto a la temática de empresas y derecho penal, se analiza la responsabilidad que las personas jurídicas puedan tener en el ámbito penal. Por otra parte, se dialoga sobre el principio de inocencia y el fin de la pena en el proceso penal en el marco de un Estado constitucional, en el cual se deben respetar los principios del derecho. Asimismo, es importante precisar que la presente revista contiene un homenaje al doctor Felipe Villavicencio Terreros, docente especialista y destacado jurista hace poco fallecido.

Un aspecto novedoso es la incorporación de artículos sobre el análisis de la vida en sociedad, así como reflexiones sobre el deber del funcionariado público de servir a la ciudadanía en el ejercicio

de sus funciones. Incluso, se propone mejorar la concepción del término Administración pública vigente para darle coherencia con los principios del sistema administrativo.

En cuanto al derecho comercial, se reflexiona sobre la disponibilidad de información que existe en el comercio electrónico y cómo los consumidores pueden estar potencialmente en desventaja para tomar sus decisiones al momento de realizar alguna adquisición de un bien o servicio.

Todos estos tópicos preparados por los autores, como lo indicamos anteriormente, tienen la única finalidad de colaborar con las diferentes áreas del derecho para su mejora o propiciar el debate en temas que aún no se han puesto en discusión en la esfera pública.

Finalmente, una vez más, es necesario reconocer el trabajo de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma. Sacar a la luz este número ha necesitado del interés y el esfuerzo de profesores y de investigadores. El décimo número de la revista *Ius Inkarri*, que presento, revela la madurez académica de un equipo que con estos productos se muestra fortalecido.

DR. IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ
Rector
Universidad Ricardo Palma

SEMBLANZA

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4629

SEMBLANZA, VIDA Y OBRA DEL DR. FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS (1955-2020) IN MEMORIAM

JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: juan.carrion@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-7742-603X>

En el 2020 el derecho penal peruano y el latinoamericano sufrieron un duro golpe con el fallecimiento de mi maestro, el profesor Dr. Felipe Villavicencio Terreros, catedrático de Derecho Penal y Criminología, a la temprana edad de 65 años. En las siguientes líneas pretendo dar un alcance de su vida académica y su aporte al derecho penal peruano y también al de nuestra región.

Felipe Andrés Villavicencio Terreros nació en Lima, en el distrito de La Victoria, el 18 de octubre de 1955. Realizó estudios de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). En aquella época de estudiante, el joven Villavicencio conoció a Raúl Peña Cabrera, en ese entonces el penalista peruano más importante, quien sería su primer maestro, a quien logró asistir en su cátedra y en sus investigaciones científicas (Peña Cabrera, 1977).

Con tan solo 24 años (1979) se gradúa como abogado luego de haber defendido su tesis *Delitos contra la seguridad pública. Incendios y otros estragos* (1978), tema poco común para la época, que parecía vaticinar los problemas que se avecinaban; venían épocas de terrorismo. Su trabajo de investigación, posteriormente, pasaría a ser su primer libro: *Delitos contra la seguridad pública. Delito de terrorismo* (dos ediciones: 1981 y 1983)¹. Esta obra le permitió ganarse un espacio tanto en el ámbito académico como en el legislativo, donde empezó a formar parte de las discusiones parlamentarias de aquel momento.

Su primer artículo acerca de derecho penal lo dedica al «delito de omisión» (1987)². El maestro Villavicencio siempre tuvo como característica ir desarrollando su pensamiento en diversos artículos que luego plasmaba en un texto más importante, como vendría a ser sus *Lecciones de derecho penal* (Cultural Cuzco Editores, 1990). Esta segunda obra, que venía siendo trabajada desde 1986, fue elaborada para sus clases universitarias³, y constituye el primer libro de derecho penal general latinoamericano en donde se analiza el control social. En dicha publicación se observa la influencia de su formación bajo la criminología crítica abolicionista, que lo acercó siempre a identificar la realidad

1 La primera edición estuvo a cargo de Ediciones Populares Los Andes. La segunda se publicó bajo el sello editorial Sesator.

2 Fue publicado en el segundo número de la revista (Lima, 1987). Luego le seguirían: «Tipo imperfectamente realizado», en *Revista de Derecho Vox-Juris*, n.º 1 (Lima, 1989); «Libertad provisional y Jurisprudencia», en *Debate Penal*, n.ºs 7, 8 y 9 (Lima, 1989); «La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana», en *Derecho PUCP*, n.º 60 (Lima, 2007); «Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia», en *Jus-Constitucional* n.º 2 (Lima, 2008), entre otros.

3 Su labor como docente es sumamente amplia. Fue el profesor más joven de Derecho Penal, con tan solo 25 años. En abril de 1981 ingresa como profesor de Derecho Penal Parte Especial I en la Universidad de San Martín de Porres, época donde existían profesores de renombre como Raúl Peña Cabrera, Luis Bramont Arias, Juan Portocarrero Hidalgo, entre otros. Luego, entre 1985 y 1990, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima, la Academia de la Magistratura y, en sus últimos años, la Universidad Ricardo Palma.

de nuestra región, entendiendo que un derecho penal racional y humano es aquel que busca limitar el poder punitivo.

En sus *Lecciones* se observa una clara influencia del finalismo (Cerezo, 2009, pp. 70, 75 y 77), corriente que de a poco venía sumando adeptos en nuestra región gracias a las primeras traducciones españolas (Welzel, 1957, 1964) y argentinas (Welzel, 1951, 1975), continuadas en su momento por el primer finalista latinoamericano, Bustos Ramírez, quien tradujo la undécima edición de la parte general de Welzel⁴. El profesor Villavicencio fue el primer representante del finalismo en el Perú en explicarlo de manera sistemática, tanto en sus *Lecciones* como en su cátedra universitaria, incluso cuando en el Perú predominaba el causalismo (Bramont Arias, 1988; Peña Cabrera, 1983; Hurtado Pozo, 1987). Cabe mencionar que en los años ochenta recién llegaba al Perú la famosa discusión *causalista-finalista*.

Posteriormente, cuando preparaba la actualización de sus *Lecciones*, se dio cuenta del gran desarrollo que había logrado en sus investigaciones respecto a la sistemática de la teoría del delito, por lo que decidió dejar de lado dicha tarea y en su lugar publicar su *Parte general* (2006), que actualmente cuenta con diez reimpressiones.

En esta etapa encontramos a un Villavicencio en su plena madurez intelectual. Llega a incluir la discusión sobre la culpabilidad y el concurso de delitos (Villavicencio, 2003), temas que no fueron abordados en sus *Lecciones*. Aunque sigue partiendo de un excelente desarrollo de los alcances del control social, esta vez el enfoque tiene mayor sistematicidad. A esta labor de identificación de la realidad del control social se sumó —además de su formación dentro de la criminología crítica— su labor como juez penal de la Corte de Justicia de Lima (1990), fiscal de competencia nacional para la investigación de desapariciones forzadas,

4 *Derecho penal alemán. Parte general* (1976). Asimismo, también se contaba con *Derecho penal alemán. Parte general* (1976), traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires.

ejecuciones extrajudiciales e investigación de fosas clandestinas (2002) y defensor de la Policía Nacional (2003). En su *Parte general* hace hincapié en el estudio de cada integrante de las agencias de control. De esta manera, identifica el gran poder que concentra la policía a causa de su actividad selectiva para criminalizar y victimizar; poder que, de forma más reducida, ostenta también el juez al momento de emitir sus sentencias. Ello muchas veces trae como resultado numerosos estigmatizados y segregados de nuestras prisiones, sin cumplir siquiera con los criterios mínimos de la resocialización y, por lo tanto, refleja una clara ausencia de los fines constitucionales. El profesor Villavicencio siempre se encargó de resaltar que estas actuaciones de control deben guiarse en todo momento por el respeto de los derechos humanos, que actualmente están recogidos en las normas internacionales⁵.

En la línea delimitadora del poder punitivo el profesor Villavicencio asienta dos puntos marcados, pero a la vez vinculados entre sí. Por un lado, la construcción social desde la perspectiva de Habermas⁶ y, por el otro, el derecho internacional de los derechos humanos. Su visión humanista se fue forjando en su variada labor profesional: División de Derechos Humanos de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (1995), Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala (1997), fiscal de competencia nacional para la investigación de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales e investigación de fosas clandestinas (2002)⁷, miembro y luego presidente del Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas

5 Véase, al respecto, Villavicencio y Carrión (2014, pp. 105-ss.). Este artículo inspiró a la Corte Suprema para emitir el Acuerdo Plenario n.º 05-2019 sobre la actuación policial y exención de responsabilidad penal.

6 La influencia de Habermas también se encuentra presente en otros penalistas latinoamericanos. Véase Tavares (2009, 2020), Carrión (2012).

7 En el proceso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), tuvo que realizar el procedimiento de exhumación de 68 cuerpos en la comunidad de Lucanamarca, cuyas muertes fueron causadas por el grupo terrorista Sendero Luminoso.

(desde 2010-2020)⁸. De ahí que al introducirse en el desarrollo de la teoría del delito identificará como común denominador de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad al *objeto de referencia*, planteado por Habermas. Criterio que posee un direccionamiento marcado hacia los derechos humanos. Y es el frente más fuerte contra el abuso del poder punitivo. Estas características hacen de Villavicencio un *funcionalista de corte humanista*.

La existencia de la *pena* debe partir de una constatación empírica. Esta es la única forma de fundamentarla, por el hecho de ser un mal que implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Esto hace que entendiera la pena como dolor, y se dedicara, como lo hizo hasta sus últimos años como presidente y como miembro de las misiones del Subcomité contra la Tortura de Naciones Unidas [Panamá (2017), España (2017), México (2016), Guatemala (2015), Ecuador (2014), Alemania (2013), Brasil (2012), Kirguistán (2012)], a diferenciar entre lo que es *pena ficticia* —aquella prevista en nuestros códigos penales— y *pena real* —la materializa en nuestras prisiones—. De ese modo, es condición de la existencia de la pena haber demostrado empíricamente su utilidad en el caso concreto; esto es, utilidad que, a su vez, se encuentra limitada por la teoría de la pena, en su vertiente preventiva general y especial. Esta última hace evidente referencia a la resocialización, en la que Villavicencio reconocía su falta de cumplimiento integral. Es en esta parte donde el derecho penal cumple una doble función: de *fundamento y límite*. La orientación hacia la defensa de los derechos humanos del maestro también hizo que siempre se mostrara en contra de la pena de muerte, asumió una tendencia abolicionista ante esta clase de pena (Albán, Gamarra, Rivera y Villavicencio, 2008).

8 Esta visión humanista fue volcada también hacia el análisis de los delitos en su libro *Derecho penal. Parte especial* (Grijley, 2017), donde contó con el gran aporte de Hernán Barrenechea Abarca. La exposición sistemática parte de los delitos contra la humanidad, al considerarlos como aquellos delitos de mayor gravedad en el derecho penal.

Nunca renunció al concepto de acción como base de la teoría del delito, porque entendía que la acción mantenía el reconocimiento de actuación de la persona humana como sujeto libre, con lo cual cumple una función límite del poder punitivo. Por el contrario, nutrió dicho concepto con la filosofía habermasiana, y llegó a muchas coincidencias con el planteamiento de Juárez Tavares (2020).

Bajo esos presupuestos, la acción vendría a ser toda conducta consciente orientada en función de un objeto de referencia materializada dentro de la práctica social. Si bien en su *Parte general* —en el mismo sentido que en sus *Lecciones*— sostenía la falta de capacidad de conducta —y culpabilidad— de las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*)⁹, en uno de sus últimos escritos, a partir del análisis de la Ley n.º 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional), adoptó una posición a favor de la imputación penal, debido a que las garantías y las sanciones aplicables a las personas jurídicas tienen una naturaleza penal, además de que los órganos encargados de hacerla cumplir serán los fiscales y los jueces penales dentro de un proceso penal (Villavicencio, 2017a, p. 62).

Villavicencio estructura la teoría de la imputación penal en dos niveles: 1) injusto como imputación del hecho y 2) culpabilidad como imputación personal. A nivel del injusto resalta el desarrollo de la imputación objetiva, que en su vertiente de la imputación objetiva de la conducta estará guiada por el peligro jurídicamente desaprobado, mientras que en la vertiente de la imputación objetiva del resultado —en sentido estricto— se guiará porque dicho peligro se mantenga en el resultado. En la imputación de la conducta ubica de manera sistemática criterios que permiten excluir la imputación, como el riesgo permitido, la disminución del riesgo, el riesgo insignificante, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la imputación a la víctima. Por su parte,

9 Véase Villavicencio (2006, p. 268).

en la imputación de resultado incluye los criterios de relación de riesgo, nexos causales desviados, interrupción del nexo causal, resultados producidos a largo plazo, fin de protección de la norma penal, imputación por responsabilidad por el producto, cumplimiento de deberes de función o de profesión, obrar por disposición de la ley y consentimiento. Desde esta perspectiva logra una mayor sistematicidad que ayuda a los operadores de justicia a un adecuado manejo de estos elementos al momento de imputar.

En lo relativo a la antijuridicidad del hecho, como parte integrante del primer nivel de la imputación penal, el profesor Villavicencio mantiene la idea de que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*). El concepto de antijuridicidad es un nivel valorativo esencial, cuya función es la de constatar negativamente los presupuestos de las causas de justificación bajo las cuales el injusto puede excluirse o atenuarse. A la luz de un concepto valorativo de antijuridicidad, le permite dar un tratamiento diferenciado a las causas de justificación en delitos dolosos, en los delitos imprudentes y en los delitos omisivos.

Al analizar la ampliación de la imputación utiliza el criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autoría y participación, únicamente en los delitos dolosos. También parte de la clasificación entre autoría en los delitos de dominio y en los de infracción de deber. En esta última clase de delitos asume la teoría de la unidad de imputación, en virtud de la cual es posible imputar la participación del *extraneus* en un delito de infracción de deber; figura que recientemente fue incluida de manera expresa en el tercer párrafo del artículo 25 del Código Penal, referido a la complicidad. También resalta su comentario al caso Fujimori (Villavicencio, 2010), quien fue condenado por la Corte Suprema como autor mediato de delitos de lesa humanidad, por lo casos La Cantuta, Barrios Altos y Sótanos SIE, donde, luego de desarrollar la autoría mediata por dominio de organización, termina decantándose por la figura de la coautoría.

Continuando con la culpabilidad o, bajo su denominación, imputación personal, su idea de limitar el poder punitivo hace que recurra al principio de culpabilidad como criterio de legitimación. Reafirma una culpabilidad por el hecho de modo restrictivo, que hizo que en su momento se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia (Villavicencio, 2008). Si bien acepta que la culpabilidad debe orientarse por los fines preventivos de la pena, no debe tener como base el libre albedrío, debido a que no existe posibilidad de que sea demostrada empíricamente, sino que debe fundarse en la libertad de la persona amparada en su carácter natural como ser humano. Bajo esos criterios busca identificar un concepto de culpabilidad de acuerdo con la realidad de nuestra región, basado en la relación bilateral del sujeto frente al Estado y viceversa, y en ellos las características y los condicionamientos personales que deben ser tomados en cuenta. Con ello la culpabilidad no solo cumple un papel fundamentador del poder penal, sino principalmente una función limitadora de dicho poder, y debe verse reflejada en la identificación de las características personales y situaciones de desventaja de cada persona frente al poder penal. En ese sentido, el fundamento más importante de la culpabilidad recae en la exigibilidad. *Culpabilidad es exigibilidad* manifiesta en un mundo comunicativo e inmerso en una práctica social. Lo característico es que deja de lado el criterio de la reprochabilidad, que desde Reinhard Frank viene siendo doctrina mayoritaria.

Otro de sus grandes aportes está en haber extendido la figura de la inexigibilidad al ámbito del condicionamiento cultural, a través del error de comprensión culturalmente condicionado —art. 15 CP— y al condicionamiento cultural del sujeto no originado por error (art. 45.b CP). Esto se debe a la gran influencia que marcaría el pensamiento del profesor Villavicencio a inicios de la década de los ochenta, cuando llega a formar parte de aquella generación de jóvenes penalistas enfocada en la búsqueda del cambio del sistema penal y guiada por la tesis del abolicionismo, donde se distinguían nombres como el de Hulsman, Baratta, Pavarini, entre otros. En esa época eran frecuentes las visitas al

Perú de Baratta y Zaffaroni, a quienes llega a conocer. Con este último, quien vendría a ser su segundo maestro, mantuvo un vínculo más cercano. Esta línea abolicionista siempre orientó su carrera académica, desde su primer artículo criminológico¹⁰ hasta su libro sobre diversidad cultural (Villavicencio, 2017)¹¹. El tratamiento sobre la diversidad cultural sirvió para hacerle frente al enfoque etnocentrista que se desprendía de los artículos 44 y 45 del anterior Código Penal de 1924, influenciado por el proyecto suizo de Stoos, que distinguía entre a) hombres civilizados; b) indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo; y c) salvajes. Con su participación en el proceso de elaboración del Código Penal de 1991 se logró reemplazar aquella orientación positivista por una interpretación criminológica más cercana a nuestra sociedad pluralista en conflicto (Villavicencio, 1992, p. 33). Por ello también aplaudió el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico en el Perú, previsto recién en el artículo 149 de la Constitución de 1993.

La influencia del pensamiento del profesor Villavicencio es vasta, no se reduce únicamente al derecho penal. Su libro *Introducción a la criminología* (reimpreso en 1997 y 2000), que se circunscribe dentro de la corriente de la escuela crítica, es el único análisis realizado hasta la fecha sobre el estudio del control social en el Perú. En esta obra llegó a sistematizar el control social en un texto de criminología, que ya venía siendo planteada desde sus *Lecciones*.

10 «Tribunal y abolicionismo contemporáneo» (1986). Posteriormente, «Mecanismos naturales de regulación social en comunidades andinas y amazónicas peruanas» (1989), «Mecanismos alternativos o paralelos de solución de conflictos en el Perú» (1993), «Error de prohibición culturalmente condicionado» (2004), entre otros.

11 Libro que tiene como base su tesis doctoral *Diversidad cultural y responsabilidad penal*, defendida con excelencia el 15 de noviembre de 2004 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), ante el Tribunal conformado por Edgardo Donna, Julio Maier y Edmundo Hendler, bajo la asesoría de Raúl Zaffaroni.

El maestro Villavicencio, quien es considerado el penalista peruano más importante de la época, siempre estará presente por medio de sus escritos, pero principalmente en la lucha todavía pendiente por la defensa de la persona humana, su libertad y dignidad frente al poder punitivo. A él le debo mi agradecimiento eterno por haberme dejado compartir parte de su vida académica y laboral, cuya herencia marcará todo nuestro desarrollo académico, en el que intentaremos siempre mantener firme el sentido social que debe servir de guía a todo penalista.

REFERENCIAS

- Albán, W., Gamarra, R., Rivera, C. y Villavicencio, F. (2008). La pena de muerte. Informe jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima. En Hurtado, J. (dir.), *Pena de muerte y política criminal. Anuario de Derecho Penal 2007* (pp. 221-244). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad de Friburgo.
- Bramont Arias, L. (1988). *Temas de derecho penal* (5 tt.). SP Editores.
- Carrión, J. (2012). La acción comunicativa como parámetro orientador de un concepto de autor en el derecho penal peruano. En Pariona, R. (dir.), *20 años de vigencia del Código Penal peruano*. Grijley.
- Cerezo Mir, J. (2009). La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 62, 67-92.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). EDDILI.
- Peña Cabrera, R. (1977). *Derecho penal peruano. Parte general*. s. e.
- Peña Cabrera, R. (1983). *Tratado de derecho penal. Parte general* (3.^a ed., vol. 1). Sesator.

- Tavares, J. (2009). *Teoria do crime culposo* (3.^a ed.). Lumen Juris Editora.
- Tavares, J. (2020). *Fundamentos de teoria do delito* (2.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Villavicencio, F. (1986). Tribunal y abolicionismo contemporáneo. En *El Tribunal de garantías constitucionales en debate*. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo; Comisión Andina de Juristas.
- Villavicencio, F. (1989). Mecanismos naturales de regulación social en comunidades andinas y amazónicas peruanas. *Criminalia*, (1-12).
- Villavicencio, F. (1992). Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991. *Derecho PUCP*, (46), 33-61.
- Villavicencio, F. (1993). Mecanismos alternativos o paralelos de solución de conflictos en el Perú. *Jueces para la Democracia*, (20), 94-105.
- Villavicencio, F. (2003). Concurso de delitos y concurso aparente de leyes. En *Estudios penales: libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*. San Marcos.
- Villavicencio, F. (2004). Error de prohibición culturalmente condicionado. En *Código Penal comentado* (t. 1). Gaceta Penal.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Villavicencio, F. (2008). Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia. *Jus-Constitucional*, (2), 70-ss.
- Villavicencio, F. (2010). Autoría mediata por dominio de organización: el caso Fujimori. *Investigaciones*, 14(1), 33-ss.
- Villavicencio, F. (2017a). *Derecho penal básico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Villavicencio, F. (2017b). *Diversidad cultural y derecho penal*. Ideas.

- Villavicencio, F. y Carrión, J. (2014). La Ley n.º 30151 no es una «carta blanca» para el uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (56), 105-ss.
- Welzel, H. (1951). *La teoría de la acción finalista* (C. Fontán Balestra y E. Friker, trads.). Depalma.
- Welzel, H. (1957). *Derecho natural y justicia material. Preliminares para una filosofía del derecho* (F. González Vicén, trad.). Aguilar.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del derecho penal* (J. Cerezo Mir, trad.). Ariel.
- Welzel, H. (1968). ¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (4).
- Welzel, H. (1975). Causalidad y acción. *Cuadernos del Instituto de Derecho Penal*, (24).

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

IusInkarri[™]

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4639

DERECHO PENAL Y DELINCUENCIA ORGANIZADA: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

The criminal law and organized crime: analysis
from the perspective of Niklas Luhmann's systems
theory

EDUARDO DANIEL VÁZQUEZ PÉREZ

Universidad Nacional Autónoma de México
(Ciudad de México, México)

Contacto: vazquezdaniel252@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6845-8294>

RESUMEN

La presente investigación retoma la visión del jurista alemán Niklas Luhmann sobre la autorreferenciación de los sistemas; sin embargo, se hace mayor énfasis en la vertiente de los sistemas autopoieticos.

El objetivo de este artículo es demostrar cómo la efectiva aplicabilidad de la norma jurídico-penal puede combatir la corrupción en México rescatando el Estado democrático a través de la evaluación de las propuestas por la actual Administración, contempladas en el Plan de Desarrollo 2019-2024.

Palabras clave: derecho penal; delincuencia organizada; teoría de sistemas de Niklas Luhmann; corrupción.

ABSTRACT

This research takes up the vision of the German jurist Niklas Luhmann on the self-referentiality of systems; however, it places greater emphasis on the autopoietic systems aspect.

The aim of this article is to demonstrate how the effective applicability of the legal-criminal norm can combat corruption in Mexico, rescuing the democratic state and through the evaluation of the proposals by the current administration, contained in the Development Plan 2019-2024.

Key words: criminal law; organized crime; Niklas Luhmann's systems theory; corruption.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de sistemas de Niklas Luhmann versa principalmente sobre la sistematización de las sociedades como medios preponderantemente comunicacionales, o como sistemas de comunicación. Dicho modelo sistémico presenta un avance en concebir el mundo de lo social y, en específico, el mundo jurídico. Para la presente investigación se retoma la visión del jurista alemán sobre la autorreferenciación de los sistemas; sin embargo, se hace mayor énfasis en la vertiente de los sistemas autopoieticos.

Derivado del previo análisis de la teoría de sistemas autopoieticos de Luhmann, y de la relación que subyace con el derecho, como sistema de control social, es viable aplicar la teoría al campo de lo concreto del derecho penal, sobre la confrontación

a la corrupción y a la delincuencia organizada en México, desde un cambio de modernidad, es decir, desde la crisis del Estado neoliberal al populismo antagónico.

El objetivo de la investigación es demostrar cómo la efectiva aplicabilidad de la norma jurídico-penal puede combatir la corrupción en México, por una parte, rescatando el Estado democrático; y, por otra, a través de la evaluación de las propuestas de la actual Administración, contempladas en el Plan de Desarrollo 2019-2024. Así como el análisis y la evaluación de las leyes y de la implementación de políticas públicas del actual gobierno, creadas o impulsadas, que se encaminen al combate a la corrupción en México. Ello por medio del estudio de los índices de nivel de corrupción, que tanto laceran al país, en el marco nacional como en el internacional, de sistemas cerrados autolegales, o desde una realidad social que ejercita la perpetuación de las actividades de índole sistémico que demanda el ejercicio del poder económico dominante desde aquellos que lo ejecutan.

Estudiar el derecho penal como un subsistema de control social que busca la delimitación de la norma jurídica a través de la adecuación de conductas catalogadas como delitos, permite analizar los discursos en materia de anticorrupción en México.

La importancia de estudiar el fenómeno de la corrupción del México necroneoliberal y su transición al populismo punitivo hace posible analizar las nuevas leyes y las políticas públicas anticorrupción, que si bien es cierto no han erradicado la corrupción, sí han afectado el sistema administrativo en cuanto a los servicios públicos con carácter social, atendiendo las demandas del ejercicio del poder económico neoliberal.

Por ello, es indispensable analizar cómo opera el sistema por medio del discurso «anticorrupción» en la dinámica sistémica de la actividad social con carácter populista en México.

De igual forma, resulta necesario e innegable el estudio de la materia de los derechos humanos, que a raíz de la reforma constitucional de 2011 sobre el cambio de paradigma normativo,

trajo aparejado un sistema jurídico proteccionista que, a la luz del derecho penal y del combate a la corrupción, puede significar un funcionalismo de corte garantista. No obstante, lo anterior no limita o restringe de forma alguna la tutela del ámbito aplicativo de los derechos humanos.

Sistémicamente, debe estudiarse, y por lo tanto entenderse para fines de la presente investigación, como el análisis discursivo en materia de derechos humanos con respecto a la funcionalidad fáctica de la aplicación del derecho penal (Padilla, 2015).

Bajo esa tesitura, es relevante la valoración de la funcionalidad fáctica del mensaje discursivo que gira en torno al combate a la corrupción, el cual en gran medida ha sido el resultado de normas internacionales concebidas y aplicadas a partir de las estructuras del poder económico en el sistema-mundo capitalista-neoliberal y del actual populismo que se atraviesa.

La norma jurídica es un elemento de control social para proteger los intereses económicos que demanda el mercado financiero a escala global, pese a tener entre sus objetivos fortalecer a la delincuencia organizada y los actos ilícitos, los cuales son los que dejan las mayores ganancias económicas, mientras se crean leyes para controlar a la sociedad y así esta desempeñe su actividad dentro del sistema.

2. DESARROLLO

La transición democrática que vivió México a mediados del 2018 significó, para muchos, una nueva forma de ejercicio político. El panorama cambió de manera radical y con ello la manera en que se concebía el modelo sistemático del poder social, político, pero sobre todo el económico.

Cierta perpetuación de los detentadores del poder durante varios años, así como el control en masa de grupos sociales radicales —entendiéndose por radicales aquellos grupos opositores o incluso llamados por algunos como *de choque*—, latentes en

cualquier sistema de gobierno y de partido, hicieron que el lenguaje discursivo durante el proceso electoral federal de 2018 cobrara gran relevancia.

La sistematización del poder y el control jerárquico, aunado al acalorado proceso de campañas del referido período, hicieron que la insignia «combate a la corrupción», proclamada en múltiples ocasiones por el entonces candidato presidencial por la Coalición Juntos Haremos Historia, le valiera el triunfo durante la jornada electoral.

El año 2018 marca un referente para el sistema de partidos de México, así como para la implementación y la reestructuración de gobernar y de llevar a cabo la Administración pública en sus tres niveles de gobierno, pero con mayor énfasis en el federal.

Es a partir de este año en que el trabajo legislativo, con una mayoría sorprendente en el H. Congreso de la Unión del partido hegemónico, comienza sus labores en la LXIV legislatura, y con ello una serie de medidas legislativas encaminadas a cumplir con las demandas sociales que llevaron a miles de personas a ocupar los cargos de poder que actualmente tienen.

El anterior preámbulo sirve para contextualizar la situación sociopolítica que atravesaba el país durante el 2018. Con ello empezó una propaganda mediática que buscaba denostar al sector social. La seguridad nacional era un tema de relevancia para la Administración, autodenominada «De la cuarta transformación», cuya principal lucha fue, y es, el combate a la corrupción.

Por ello, desde finales de 2018 y con mayor fuerza en el 2019, las políticas públicas y la creación, modificación o adecuación de cuerpos normativos puede dar como resultado que no han alcanzado sus objetivos contra el combate a la corrupción; por el contrario, desde un mundo de lo concreto, han propiciado la creación de «enemigos».

Desde una categoría sistémica, la norma jurídica, en un ámbito de derecho internacional, no se adecua ni responde a la economía moral, la cual indaga en no dar preferencia a las personas en

situación de vulnerabilidad económica, pues el propio Estado se supedita a únicamente protegerlas mediante el derecho.

Con la globalización económica, el poder de la misma índole queda marcado, y detentado, por un grupo situacional que yace perpetuado por el poderío de sus facultades. En ese sentido, mencionan Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá (2006) que la conceptualización de la pena —desde una perspectiva propia del derecho penal y de la corriente que él defiende sobre la pena del enemigo— es algo distinto de lo que habitualmente se llama «derecho penal» en nuestros sistemas jurídico-políticos.

Lo anterior sale a luz derivado de que en el sistema jurídico-ideológico-penal de México, la corrupción, como elemento hasta cierto inherente al Estado, e incluso al ser humano *per se*, no está constituido como un tipo penal, sino que engloba una serie de actos antijurídicos que en su conjunto se denominan como hechos cometidos por corrupción.

Así pues, la primera interrogante que se expone es si durante la administración del presidente Andrés Manuel López Obrador se han combatido los actos cometidos por hechos de corrupción tanto de servidores públicos como de la delincuencia organizada, o se han creado leyes para controlar a la sociedad a partir de la norma jurídica.

Estudiar los discursos en materia anticorrupción en México es fundamental para identificar la manera en la que se ejecuta el ejercicio del poder, atendiendo las demandas del sistema neoliberal con tintes de populismo. A través del estudio y posterior análisis de las estructuras en materia anticorrupción, podrá delimitarse que son construcciones discursivas necesarias para evaluar los actos cometidos por hechos de corrupción en la actividad económica del sistema-mundo.

El cambio de paradigma, y de sistema de control social en sus vertientes primarias, logró que el estandarte sobre la confrontación a la corrupción, innegable problema que lacera al país, se posicionara a gran escala.

Bajo la óptica de la actividad económica del sistema-mundo, que ha sido en gran medida una historia de la expansión de los Estados y los pueblos europeos hacia el resto del mundo, y esta es una parte esencial de la construcción de una economía-mundo capitalista-neoliberal, se refleja que la realidad del país dista mucho de lograr un efectivo manejo de la corrupción.

En la mayoría de las regiones del mundo esta expansión ha conllevado conquistas militares, explotación económica, injusticias en masa y un resquebrajamiento del sistema jurídico de los derechos humanos, por la mal planteada soberanía de la que gozan ciertos agentes del grupo social que detentan el poder económico y que por ello creen estar exentos del sistema jurídico-penal-neoliberal del que son parte los Estados. En concreto, para el caso mexicano, la apertura de violación a la ley queda aún más grande cuando no yace reconocida la figura de *corrupción* de modo claro y explícito en materia penal, y esta queda de manera exclusiva a la materia administrativa e incluso fiscal.

Quienes han conducido y sacado el mayor provecho de esta expansión la han presentado, a sus propios ojos y a los del mundo, como justificable en virtud del bien mayor que ha presentado para la población mundial. El argumento suele ser que la expansión ha difundido algo a lo que se da diversos nombres: civilización, crecimiento económico y desarrollo, progreso.

Es importante mencionar que este análisis consistirá en valorar el discurso anticorrupción y por qué es indispensable para la recuperación de capitales cometidos a partir de hechos de corrupción, al mismo tiempo que se van creando los enemigos, aquellos que no son operativos en el sistema o que representan un riesgo al sistema económico-neoliberal.

De igual forma, se analiza la norma jurídica en la dinámica sistémica populista en México, toda vez que se busca explicar que el sistema-mundo contemporáneo crea mecanismos de control social o de exclusión para proteger el libre mercado y para que este continúe funcionando.

3. RESULTADOS

El Plan Nacional de Desarrollo, instrumento jurídico por excelencia durante un sexenio o gobierno en turno, contemplado en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue presentado por el presidente López Obrador, y es posible observar que la corrupción forma parte toral de este.

El análisis de este plan demuestra lo siguiente:

- *Como política pública busca erradicar la corrupción y no se limita a combatirla o confrontarla.*

La problemática sistémica vuelve a recaer en el hecho de que la corrupción no forma parte del catálogo de delitos, ni particulares, ni especiales; entonces, la sanción a la que se hacen acreedoras aquellas personas que cometieron algún delito por hecho de corrupción varía en todos los casos.

La materia penal no debe quedar segregada al momento de buscar la impartición de justicia. La retórica del derecho penal, como un derecho preventivo y procesalmente sancionador, debe imperar en la búsqueda del bien común y del mejoramiento del sistema político-social, en donde la máxima para este apartado es la protección del sistema económico, pues sin un sistema teóricamente económico el poder queda debilitado al grado de perder toda fuerza.

Cuando un Estado no tiene un sistema de poder bien cimentado, no se puede hablar de un Estado de derecho, pues la legitimidad, en ese caso, tiende a perder fuerza jurídica y, por lo tanto, social.

No se puede avanzar en el presente análisis de resultados sin antes entender que el sistema hegemónico en el que nos encontramos inmersos actualmente es el producto de una demanda social acumulada por varios sexenios. Es necesaria la aplicabilidad de un derecho penal de corte sancionador, exclusivamente para aquellas personas que cometan delitos de alto impacto, o los

que están denominados como graves, para que se logre apreciar una justicia retributiva de mayor alcance a nivel social.

En ese orden de ideas, resulta compleja su operacionalidad. Más allá de un discurso de control social por derechos humanos, el control que impera es, en términos reales y del filósofo francés Michel Foucault, el poder.

Para Foucault, el poder no se da, ni se intercambia, ni se retoma, sino que se ejerce y solo existe en acto. El poder no es, en primer término, mantenimiento y prórroga de las relaciones económicas, sino, por principio de cuentas, una relación de fuerza en sí misma.

El ejercicio del poder no es una concepción económica ni política, ni mucho menos jurídica, sino es un elemento discursivo de control social, el cual tiene fines específicos, tales como la producción ideológica en la que se desarrolla el sistema-mundo capitalista-neoliberal.

Quizá una de las principales razones de por qué no se ha legislado para tipificar y encuadrar en el Código adjetivo la corrupción podría deberse a la eterna búsqueda de la perpetuación del poder, cuyos agentes saben, o tienen conocimiento de primera instancia, sobre las posibles consecuencias jurídico-penales que atraería la tipificación de la corrupción.

Por ello, para Günther Jakobs, el derecho penal en nuestros sistemas jurídico-políticos no es un fenómeno cualquiera, una oscilación político-criminal habitual; al contrario, realizar este diagnóstico significa al mismo tiempo reclamar, aunque sea en otro plano metodológico, que las medidas represivas que contienen esos sectores de regulación de derecho penal del enemigo —vertiente propia del jurista alemán— sean trasladadas al sector que en derecho corresponde, y con ello también al ámbito de discusión política correcto: a las medidas en estado de excepción.

- *La corrupción, como problema sistemático, representa dificultades para erradicarlo; no obstante, para la población mexicana es un mal social de fácil disolución.*

La organización no gubernamental Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (Ramírez, 2019) arrojó que hay una mayoría clara de mexicanos que consideran que la corrupción es un problema de las «grandes y altas esferas» del poder, pero que podría ser fácilmente eliminada. Un estudio publicado en el 2019 muestra que el 52 % de los mexicanos creen que la corrupción disminuiría en los siguientes doce meses.

Esto queda reflejado con lo ya antes mencionado sobre la efectividad discursiva del lenguaje empleado por el presidente Andrés Manuel López Obrador durante sus múltiples campañas electorales, en donde supo manejar una buena línea discursiva para jugar, en sentido amplio, con el hartazgo social que ha generado la corrupción y, precisamente por ello, el mensaje encontró eco en la ciudadanía.

No se puede negar que la estrategia de campaña empleada por el actual presidente de la República supo abrir una ventana social de diversas alternativas y múltiples oportunidades para alcanzar lo que tanto había anhelado: el poder. Sin embargo, la detentación del subsistema político, como refiere Luhmann, no es más que la «producción de decisiones colectivamente coactivas».

Esta diferenciación de subsistemas se fortalece al conceptualizar la política como rumbo que define el futuro, un futuro incierto y lleno de incógnitas, pero que presupone cierta limitación en el ejercicio del poder público. Empero, ello adquiere complejidad cuando las metas son a largo plazo, señala el autor antes mencionado. Pero desde este punto de vista se considera que la complejidad de los sistemas se contrapone con la fijación de grandes objetivos, a corto plazo, y sin la adecuada interposición de la norma jurídica, en este caso, de la norma jurídico-penal en un sistema de control social y económico. A la par, Luhmann hace

referencia a que el sistema económico solo puede programar sus propias operaciones, es decir, los pagos que realiza a través de los precios.

Por tanto, la materialización del mundo capitalista, como sistema económico-hegemónico-imperante en la mayoría de los países del mundo, en donde la economía de corte moral, también como subsistema de control, no halla cabida en los espacios de poder establecidos.

- *La retórica del neoliberalismo y la imperiosa necesidad de traspasar un modelo de populismo punitivo en materia penal en México.*

El neoliberalismo, plasmado como un eje económico rector de México durante mediados del siglo pasado, y como parte instrumental del subsistema económico, ha causado gran revuelo en la agenda de la política nacional los últimos meses, pues la administración en turno ha señalado de manera directa al neoliberalismo como el causante de todos los males sociales.

Para efectos de la confrontación a la corrupción, el neoliberalismo es en primer lugar, y sobre todo, un programa intelectual, esto es, un conjunto de ideas cuya trama básica es compartida por economistas, filósofos, sociólogos, juristas, a los que no les es difícil identificar que el neoliberalismo es también un programa político: una serie de leyes, arreglos institucionales, criterios de política económica, fiscal, derivados de aquellas ideas, y que tienen el propósito de frenar, y contrarrestar, el colectivismo en aspectos muy concretos (Escalante, 2015).

Del mismo núcleo han surgido estrategias para casi todos los ámbitos: hay una idea neoliberal de la economía, que es acaso lo más conocido, pero hay también una idea neoliberal de la educación, de la atención médica y la Administración pública, del desarrollo tecnológico, una idea del derecho y de la política.

La evolución planteada aquí para llegar a un populismo punitivo se centra en el dominio de la vida sobre el que el poder ha establecido su control. De esto surge una corriente nueva para

el estudio sobre la tendencia del populismo de izquierda, como ideología política que combina aspectos políticos de izquierda, con elementos y retórica propios del populismo. Con esto me refiero a la teoría intitulada por verdadero populismo de izquierda, de mi profesora Chantal Mouffe.

4. CONCLUSIONES

La aplicabilidad del derecho penal, y dentro de una vertiente jurídica que valdría mucho la pena señalar, indagar, analizar y, posterior a ello, proponer, es la del enemigo.

En términos sencillos para el presente estudio, no es más que la representatividad sociojurídica de la pena aplicada a aquellas personas que cometen un delito de alto impacto, o catalogado como grave, para su separación del resto de delincuentes y, por ende, un trato diferenciado que vaya acorde al delito cometido.

Como menciona el jurista Günther Jakobs, la aplicación de esta línea del derecho penal podría incidir de manera efectiva en el combate a la corrupción, problema que afecta de manera profunda a México. Sin embargo, esta separación o segregación durante el proceso penal requiere todavía de mucho análisis, tanto jurídico como legislativo, social e incluso dentro del plano internacional, pues México se ha caracterizado en los últimos años por ser uno de los países con mayor número de tratados internacionales firmados y ratificados, que, de acuerdo con la supremacía constitucional, se hacen vigentes para el derecho positivo del país.

Ello no quiere decir que México deba dejar de lado su posición como un país en pro de los derechos humanos. Es cierto que la progresividad de aquellos refuerza los compromisos que cualquier gobierno pueda tener, y fortalece el Estado de derecho; no obstante, se pretende que bajo la tutela jurisdiccional de los derechos humanos impere de igual forma la protección jurídica a los bienes patrimoniales y personales que el derecho penal busca proteger.

La corrupción es una de las problemáticas de mayor impacto para todas las esferas de gobierno de la República, y no basta con solo estandarizar un lenguaje discursivo que sea astutamente empleado para lograr la ocupación del poder, y eventual perpetuación; sino que debe existir una lucha real contra esta. Y por lucha no debe entenderse un conflicto armado, o incluso bélico, sino enaltecer las figuras jurídicas con las que México cuenta para allegar realmente a los esfuerzos de confrontación pacífica.

México, como nación pluricultural, representa una de las grandes riquezas del mundo. En diversos aspectos la sociedad mexicana destaca y se posiciona por encima de varios lugares; la necesidad de perfeccionar las prácticas cotidianas, en todos los aspectos de la vida, tanto pública como privada, hace que el país involucre en algunos de estos.

Por su parte, el aspecto jurídico —el de mayor importancia para la sana y armónica convivencia de los individuos dentro de una comunidad socialmente controlada por los detentadores del poder— cumple un rol cada vez mayor.

Ante el aumento de demandas sociales, la norma jurídica se halla en un sinfín de complicaciones al momento de buscar su aplicación para la resolución de conflictos y controversias. Dentro del ámbito penal, esta se posiciona como una norma de carácter sancionador, pero en primera instancia, como una de carácter preventivo. Es entonces cuando el planteamiento inicial, de investigar la utilidad técnico-jurídica de la tipificación de la corrupción a nivel nacional, es imperioso y relevante para este estudio.

Estamos de acuerdo con que la creación de cuerpos jurídico-penales no reducirá el número estadístico de la incidencia del delito en particular, pero dado que la corrupción lacera al país desde hace décadas, y para la actual administración es la interminable e incesante lucha, hallamos necesario legislar en materia, y aplicar de manera útil, efectiva, real y concreta, una metodología que vaya encaminada a sancionar específicamente a aquellas personas que delincan sobre corrupción, y no tanto sobre hechos de corrupción.

Para México, la diversidad étnica y social se celebra, aquí y en el mundo; por ello, debe protegerse y salvaguardarse la integridad de cada uno/a de las y los integrantes de un bien colectivo al que llamamos sociedad.

REFERENCIAS

- Escalante, F. (2015). *Historia mínima del neoliberalismo*. El Colegio de México.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas.
- Padilla, L. X. (2015). *Delincuencia organizada, lavado de dinero y terrorismo: el derecho penal del enemigo y la restricción de los derechos humanos en el neoliberalismo jurídico mexicano*. Flores Editor.
- Ramírez, S. (coord.). (2019). *Los mexicanos frente a la corrupción y a la impunidad: perspectivas y prospectivas 2019*. Mexicanos Contra la Corrupción; Unidad de Investigación Aplicada.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4640

DUE DILIGENCE DE COMPLIANCE PENAL EN OPERACIONES DE M&A COMO CRITERIO PARA EVITAR LA TRANSFERENCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA ADQUIRIENTE O RESULTANTE, EN EL MARCO DE LA LEY N.º 30424

The criminal compliance due diligence in M&A transactions as a criterion to avoid the automatic transfer of criminal liability to the acquiring or resulting legal entity, within the framework of Act No. 30424

PERCY ANDRÉ SOTA SÁNCHEZ
Philippi Pietrocarrizosa Ferrero DU & Uría
(Lima, Perú)

Contacto: andre.sota@ppulegal.com
<https://orcid.org/0000-0002-0437-5542>

RESUMEN

El trabajo que a continuación se desarrolla estudia los fundamentos teóricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano, enfocándose en el estudio y la crítica de las cláusulas de transferencia automática

de responsabilidad penal entre personas jurídicas en el marco de las operaciones de *M&A*. Asimismo, analiza la relevancia de la *due diligence* de *compliance* penal en las operaciones de *M&A* y propone, sobre la base de criterios de razonabilidad, cuáles deben ser los componentes o elementos de esta.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas; *compliance* penal, *due diligence* de *compliance* penal; transmisión de responsabilidad; sucesión de responsabilidad penal; fusiones y adquisiciones.

ABSTRACT

The following paper examines the theoretical foundations of the criminal liability of legal persons in the Peruvian legal system, focusing on the study and criticism of the criminal liability between legal person's automatic transfer clauses in *M&A* transactions. It also analyses the relevance of criminal compliance due diligence in *M&A* transactions and proposes, based on reasonableness criteria, what the components or elements of this due diligence should be.

Key words: criminal liability of legal persons; criminal compliance; criminal compliance due diligence; transfer of liability; succession of criminal liability; mergers and acquisitions.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas se introdujo con la Ley n.º 30424, que tiene influencia española en el art. 31.º bis del Código Penal, e italiana en el Decreto Legislativo n.º 231/2001.

Los criterios para la imputación del delito contra las personas jurídicas se encuentran regulados en los artículos 3 y 17.4 y las funciones que cumple el *compliance* penal en los artículos 11 y 17 de la Ley n.º 30424. Si bien la doctrina penal se viene encargando de estudiar e interpretar estos criterios de imputación y las funciones del *compliance* penal, hay algunos aspectos que están pasando inadvertidos, como el hecho de que, en nuestra legislación, la responsabilidad penal de una persona jurídica también puede ser transmitida a otra en el marco de las operaciones de *M&A*, o de una escisión, lo que se contrapone a los principios de responsabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas.

A modo de ejemplo, si la persona jurídica «A» tiene altos estándares de cumplimiento, reputación y ética intachables en un determinado sector de la economía peruana, se adecuó al régimen nacional de las sociedades de beneficio e interés colectivo o BIC¹, e incluso cuenta con una certificación internacional como B Corporation, y decide fusionarse, adquirir acciones, activos y pasivos, o absorber a la persona jurídica «C» (*target*), que tiene experiencia comprobada en otro sector de la economía al cual «A» pretende incursionar, y «C» comete algún delito regulado en la Ley n.º 30424, antes o después del proyecto de fusión en el marco de un *M&A*, la responsabilidad penal de «C» será atribuida a «A», lo que implica una transferencia de responsabilidad —con el añadido de la culpabilidad— y de las sanciones penales que deberán aplicarse.

En este ámbito cobra relevancia el proceso de *due diligence* de *compliance* penal, que si se realiza adecuadamente va a generar —además de conocer las *red flags* en materia penal y de

1 De acuerdo con la Ley n.º 31072, publicada en *El Peruano* el 24 de noviembre de 2020, la sociedad de beneficio e interés colectivo es una persona jurídica societaria, constituida válidamente bajo alguno de los tipos societarios previstos en la Ley n.º 26887, Ley General de Sociedades, que se obliga por su propia voluntad a generar un impacto positivo, integrando a su actividad económica la consecución del propósito de beneficio social y ambiental elegido.

compliance penal del *target*— que no se transfiera la responsabilidad penal del *target* a la persona jurídica adquirente o resultante.

2. CONTEXTO EN EL QUE SE INTRODUJO LA LEY N.º 30424 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En la vida republicana del Perú, que en el 2021 cumple un bicentenario, solo tuvimos tres códigos penales, el Código Penal de 1863, el Código Penal de 1924 y el aún vigente Código Penal de 1991, con sus respectivas modificatorias y legislación penal complementaria, como son las leyes penales, los decretos legislativos y los decretos ley.

Durante este período estuvo vigente en el Perú el aforismo *societas delinquere non potest*², hasta que el 21 de abril de 2016 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Ley n.º 30424, que entró en vigor recién el 1 de enero de 2018 y que actualmente se denomina «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas»³.

El contexto social en el que se promulgó la Ley n.º 30424, así como sus posteriores modificatorias y norma reglamentaria, estuvo marcado por graves escándalos de corrupción que tuvieron impacto nacional, como son los casos Lava Jato, de Odebrecht

2 Durante este período no hubo disposición legal expresa que reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque sí tuvimos determinadas disposiciones que regulaban las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, tanto en el Código Penal como en la Ley Penal Tributaria y la Ley de los Delitos Aduaneros. Esto motivó que las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia emitan el Acuerdo Plenario n.º 7-2009-CJ/116, en cuyo fundamento jurídico 11 calificaron a las consecuencias accesorias como sanciones penales especiales. En virtud de ello, algunos pronunciamientos en la doctrina nacional postulaban que, en nuestro país y desde el Código de 1991, ya existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por todos, en el ámbito nacional, véase Sota (2012, p. 68). En la doctrina española, por todos véase Zugaldía (2002).

3 Inicialmente se denominaba «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional», pero su denominación fue modificada con la Ley n.º 30835, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 de agosto de 2018.

y del Club de la Construcción, los cuales hicieron visibles las consecuencias dañinas de la criminalidad de empresa.

Este contexto debió orientar la política criminal estatal para que, sobre la base de un estudio criminológico, se adopten herramientas jurídico-penales que hagan frente a la criminalidad de empresa; sin embargo, ello no ocurrió. Por el contrario, la Ley n.º 30424 debe su origen al cumplimiento de los requisitos exigidos por la OCDE al Estado peruano⁴, el cual viene realizando serios esfuerzos en la adecuación de su legislación interna para formar parte de dicha organización.

Sin perjuicio de lo anterior, el contexto criminológico originó un cambio de paradigma en el actuar de los órganos de administración de justicia, los cuales tradicionalmente perseguían los delitos de la criminalidad de empresa a través de imputaciones contra personas naturales y, en cambio, ahora formulan imputaciones penales contra personas jurídicas, solicitan su incorporación al proceso penal y requieren la aplicación de las consecuencias accesorias⁵ —sanciones penales— reguladas en el art. 105.º del Código Penal. Lamentablemente, aún no se conocen casos donde se aplique la Ley n.º 30424.

4 Esta afirmación fue sostenida el 15 de julio de 2016 por el entonces presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, quien además sustentó la presentación del Estado peruano ante los miembros de la OCDE que conforman el Grupo Antisoborno, para que el Perú sea considerado miembro pleno (Sánchez, 2016).

5 Por mencionar algunos, tenemos el auto que declaró inadmisibile la incorporación de las personas jurídicas Constructora OAS Ltda. Sucursal del Perú y otras, de fecha 5 de abril de 2018, emitida en el Exp. n.º 00022-2017-30, por el 2.º Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; el Auto de Apelación de Incorporación de las Personas Jurídicas ICCGSA, Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales, de fecha 22 de junio de 2018, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. 16-2009-79; y, el Auto de Apelación de Incorporación de la Persona Jurídica Constructora Aterpa S. A., de fecha 21 de junio de 2018, emitido por el Colegiado A de la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el 00189-2016-13.

3. INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEY N.º 30424

3.1. ¿RESPONSABILIDAD PENAL O ADMINISTRATIVA?

La Ley n.º 30424, titulada «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transaccional», tiene su fuente en el art. 31 bis del Código Penal Español⁶, donde se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en el Decreto Legislativo 231/2001 de Italia, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, aunque en la doctrina penal italiana hay autores que sostienen que estamos ante una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷.

Siguiendo el título de la Ley n.º 30424, podríamos inferir que la voluntad del legislador fue incorporar un régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivada de la comisión de un delito. Sin embargo, la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad genera debate en la doctrina entre quienes afirman que estamos ante una responsabilidad administrativa, quienes señalan que la responsabilidad es penal y posiciones intermedias.

Así, para Gómez-Jara Díez (2018) si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión (pp. 23-24). En el mismo sentido, Balmaceda Quirós (2017) señala que esta responsabilidad es administrativa no solo porque la ley lo diga —como algunos suelen sostener: «fraude de etiquetas»—, sino

6 Debe recordarse que en el derecho penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo con la Ley Orgánica 5/2010 y, posteriormente, se modificó con la Ley Orgánica 1/2015.

7 Por todos, véase De Vero (2008, pp. 3-30 y 305-336). Así también, Foffani (2011, pp. 115-124).

porque sus parámetros de atribución de la responsabilidad no se mueven con criterios del derecho penal (p. 25). Por el contrario, hay autores que sostienen que la Ley n.º 30424 reconoce una responsabilidad *sui generis* entre penal y administrativa⁸ y otros que consideran que estamos ante un fraude de etiquetas⁹ y que, realmente, se regula una responsabilidad penal.

Nuestro punto de vista es que la Ley n.º 30424 implementa un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir del cual se debe inferir un esquema conceptual que garantice una aplicación racional de los presupuestos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que atienden al sustrato mismo de la persona jurídica, sobre la base de los cuales se puede afirmar una capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas, lo que además se pone de manifiesto por la función que la ley otorga al *compliance* en la atribución de responsabilidad penal.

Por tanto, no podemos estar de acuerdo con aquella posición en la doctrina nacional que sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas es de naturaleza penal en función del fundamento de que las sanciones que se aplican no son medidas de carácter administrativo¹⁰, ya que ese no puede ser el criterio determinante para definir la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad.

8 Sobre ello, véase Reyna (2018, p. 211).

9 Por todos, Caro (2019, p. 136). Véase Carrión (2018, p. 218).

10 Esta posición es sostenida en Caro (2019, p. 136), quien señala que el fraude de etiquetas se hace evidente por cuanto esta ley —a pesar de su *nomen iuris*— no establece medidas de derecho administrativo sancionador, sino que, por el contrario, establece medidas de carácter penal.

3.2. FUNCIÓN DEL COMPLIANCE PENAL EN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3.2.1. Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado, doctrina y jurisprudencia

En el derecho comparado podemos apreciar que cada vez es mayor el número de legislaciones que responsabilizan a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados, en beneficio de estas. Esta responsabilidad jurídica puede ser administrativa o penal, según la opción político-criminal que adopte cada Estado para hacer frente a la criminalidad de empresa¹¹.

A partir de un análisis dogmático de estas legislaciones, en la doctrina penal se han elaborado diversas tesis que tratan de fundamentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, entre las que tenemos las tesis que postulan un sistema vicarial, un sistema de culpabilidad de empresa y un sistema mixto. Elementos en común de estas tesis son que plantean que el delito, que necesariamente debe ser cometido por alguien que

11 En este orden de ideas, conviene precisar que en la doctrina penal se sostiene que el fundamento que en política criminal se ha esbozado para sancionar penalmente a las personas jurídicas radica en la necesidad del legislador penal de castigar los delitos socioeconómicos, financieros, ambientales, fiscales, entre otros delitos pensados a ser cometidos en el seno de una persona jurídica; en la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada; por cuestiones de legalidad, sobre todo a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el seno de una persona jurídica. Sobre ello, véase Gonzáles (2015, p. 98). En el mismo sentido, véase Heine (1996, p. 22), quien sostiene que el fundamento político-criminal para sancionar penalmente a las personas jurídicas se encuentra en las dificultades de investigación del delito, debido a que en estas, sobre todo en aquellas de significativas dimensiones estructurales, es usual que con motivo de la descentralización y la diferenciación funcional de competencias, se dispersen las actividades operativas, la posesión de información y el poder de decisión, con lo cual, y conforme a nuestro derecho penal tradicional, resultará jurídicamente imposible sostener una imputación concreta contra una persona individual.

represente a la persona jurídica, sea cometido en beneficio y por cuenta de las personas jurídicas.

Señalan Ortiz de Urbina y Cigüela Sola que en los sistemas vicariales, también conocidos como heterorresponsabilidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge automáticamente cuando un directivo o representante comete un delito en beneficio de la empresa y actuando en su nombre, y cuyo sistema de imputación parte de que tanto el injusto como la culpabilidad se transfieren de la persona física a la jurídica. En cambio, en el sistema de culpabilidad de empresa, también conocido como autorresponsabilidad, la persona jurídica respondería por un injusto y una culpabilidad propios, *a priori* separados del delito individual en cuestión (Ortiz de Urbina y Cigüela, 2020, p. 77).

En el primer modelo de imputación, vicarial o de transferencia de responsabilidad¹², la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Este modelo también es conocido como responsabilidad por atribución¹³. Ahora bien, en este sistema vicarial no cualquier persona que cometa un delito generará, automáticamente o por transferencia, responsabilidad penal en la persona jurídica, sino que ello va a depender de los criterios establecidos en las legislaciones.

Al respecto, Nieto Martín señala que en algunos sistemas (Francia o el Reino Unido —salvo en el homicidio de la corporación y en la Bribery Act—) la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento del infractor ha sido realizado por un directivo o una persona perteneciente al «cerebro» de la corporación (*brain area*); esto es, el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, en donde se considera que determinadas personas físicas son el *alter ego* de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella. Dichas personas serían las que, de conformidad con un criterio normativo civil, representan de hecho o de derecho a la persona jurídica (Nieto, 2015, p. 69).

12 A favor del sistema vicarial, véase Zugaldía (2005, p. 456).

13 Al respecto, revítese Silva (2013, pp. 254-ss.).

Continuando con el modelo anglosajón, tenemos que en los Estados Unidos de América también se sigue un sistema vicarial pero fundamentado en el principio *respondeat superior*¹⁴, en virtud del cual cualquier empleado que en su actuar represente a la organización, o incluso cualquier persona que obre por cuenta de esta —como puede ser un agente comercial—, y que comete un delito, puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al analizar este sistema de responsabilidad, William Laufer señala que, en el derecho federal, las intenciones de los representantes simplemente se imputan o atribuyen al representado. La legislación estatal varía, pero en la mayoría de estas se requiere que las actuaciones se encuentren autorizadas, solicitadas, ejecutadas o toleradas por el consejo de administración o por altos directivos (Laufer, 2006)¹⁵.

Si bien en el modelo vicarial de los Estados Unidos de América existe una clara transferencia de responsabilidad, sobre la base del principio *respondeat superior*, ello no impide que un sector de la doctrina americana sostenga que las personas jurídicas son entidades reales en el derecho y, por tanto, destinatarios de las normas jurídicas penales. Así, Sun Beale sostiene, contra las críticas de que las personas jurídicas son entes ficticios, que estas son actoras enormemente poderosas —y muy reales— cuya conducta causa daños muy significativos a los individuos y a la sociedad como un todo. En una variedad de contextos la ley reconoce esta realidad, al permitir a las corporaciones ostentar propiedad, hacer contratos, cometer daños y demandar y ser demandado. De hecho, la Corte Suprema ha sostenido que las corporaciones tienen muchos derechos constitucionales bajo la Constitución norteamericana (Sun Beale, 2018, p. 102).

14 En este sentido, véase Nieto (2015, pp. 69-ss.).

15 Este autor sostiene que las razones por las cuales el derecho penal de los Estados Unidos de América prefiere la responsabilidad vicarial son dos. En primer lugar, razones de conveniencia judicial y utilidad; en segundo lugar, las presunciones de que se logra un compromiso justo a la hora de ubicar el riesgo y las pérdidas económicas, así como la presunción de que la teoría del *respondeat superior* induce a las organizaciones para que hagan efectiva la responsabilidad individual (Laufer, 2012, pp. 141-142).

El modelo de responsabilidad penal vicarial es objeto de una severa crítica por parte de la doctrina penal, especialmente porque se considera contraria al principio de culpabilidad penal. Así, Feijoo Sánchez señala que los inconvenientes del modelo vicarial, tanto desde el punto de vista de la legitimación jurídica como de sus consecuencias prácticas, obedecen a una misma debilidad conceptual de partida. Se mantiene en clave estrictamente individualista (identificación entre individuo y organización), por lo que no se diferencia adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual). Las consecuencias son, en primer lugar, que el modelo no deja al margen que pueda declararse responsabilidad corporativa sin encontrar un culpable individual. Pero también conduce, en segundo lugar, a una excesiva responsabilidad penal cuando tiene como consecuencia que todo delito individual sin excepción sea definido como un delito corporativo. El modelo vicarial peca tanto por defecto como por exceso (Feijoo, 2015, p. 50).

En la doctrina anglosajona también se cuestiona el sistema de imputación vicarial, y se postulan modelos de culpabilidad de empresa. Así, William Laufer (2012) señala que la doctrina está tomando en cuenta modelos de culpabilidad proactivos, reactivos, basados en la cultura o en la política corporativa¹⁶. Incluso en la jurisprudencia norteamericana en alguna ocasión también se cuestionó el modelo de imputación vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, en el caso *United States vs. Bank of New England* (1987) la Corte de Apelación estableció

16 Este autor indica que la culpabilidad empresarial proactiva (CEP) postula que la culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de las medidas adoptadas para prevenir el delito; la culpabilidad empresarial reactiva (CER) postula que la culpabilidad se determina sobre la base de la razonabilidad de los pasos tomados como reacción al descubrimiento del delito; la culpabilidad por la ética empresarial (CEE) postula que la culpabilidad se deriva del *ethos* corporativo, la cultura empresarial o la identidad corporativa; y la culpabilidad por la política empresarial (CPE) señala que la intencionalidad corporativa se basa en las decisiones y las oportunidades que son comunicadas a través de la política empresarial (Laufer, 2012, pp. 144-148).

que se presume que el banco posee un tipo de conocimiento que consiste en el conocimiento colectivo de todos sus empleados. El conocimiento agregado de los empleados constituye el conocimiento empresarial. Ningún tribunal se ha alejado tanto de la regla del *respondeat superior* (Laufer, 2012, p. 141).

El segundo modelo es el sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, en el cual se fundamenta la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto y la culpabilidad de la persona jurídica. Para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad, toda vez que, como señala Tiedemann, las empresas, y especialmente las personas jurídicas, pueden ser plenas destinatarias de normas del derecho penal, en tanto y en cuanto ellas puedan aportar aquello que es lo jurídicamente debido (Tiedemann, 2009, p. 234). A este modelo también se le conoce como responsabilidad por el hecho propio¹⁷.

Dentro de las tesis que fundamentan un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, tenemos la teoría del hecho de conexión, la tesis del defecto de organización permanente, la tesis del injusto sistémico de la persona jurídica y la teoría constructivista de la responsabilidad penal empresarial.

Para la teoría del hecho de conexión, la acción típica de la persona jurídica consiste en el aumento del riesgo propio de la actividad empresarial, es decir, en la superación del riesgo permitido, materializado a través de la realización de un tipo penal por parte de una persona natural que la representa. En otras palabras, la posibilidad de imponer una sanción a una persona jurídica o a una sociedad presupone la existencia de una acción antijurídica realizada por alguna de las personas físicas incluidas dentro del círculo de personas competentes, es decir, bien un órgano de dirección, de representación o cualquiera de los demás que pudiesen tomar decisiones funcionales determinantes establecidas en los estatutos (Bacigalupo, 2001, p. 378).

17 Al respecto, véase Silva (2013, pp. 254-ss.).

Para esta teoría, la culpabilidad de la persona jurídica estaría marcada por un *defecto de organización*, tesis sostenida inicialmente en la doctrina por Tiedemann (2009, pp. 237-239) y desarrollada, posteriormente, por Bacigalupo Saggese, quien señala que en el marco de la persona jurídica todo delito de sus órganos o representantes surge como un error de esta, siempre y cuando —como es lógico— no estemos en presencia de un exceso en la representación. Por lo tanto, el hecho individual se considera como hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma (Bacigalupo, 2001, pp. 171-172), y estas medidas de prevención consistirían en la adopción de un programa de *compliance*¹⁸.

Otra posición derivada de la misma teoría es la sostenida por Feijoo Sánchez (2014), quien acepta como correcta la necesidad de un defecto de organización de la persona jurídica, pero critica que por sí solo este criterio resulta insuficiente para legitimar un sistema de culpabilidad y penas de la persona jurídica, y concluye que la sociedad mercantil no deberá ser castigada cuando no existe un defecto organizativo ni cuando su defecto de organización no deriva de una cultura de cumplimiento de la legalidad defectuosa sino de otras razones (p. 172).

Para la teoría del *defecto de organización permanente* o de la *culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial*, postulada por Heine, la responsabilidad penal de la persona jurídica surge cuando se cumple con dos presupuestos; primero y determinante, la existencia de una defectuosa administración de riesgos por parte de la persona jurídica; y, segundo, la realización típicamente empresarial del peligro no controlado. El concepto determinante es el defectuoso *management* de riesgos empresariales, a partir del cual postula que, en lugar del dominio del hecho del derecho penal individual, en el derecho penal empresarial

18 En el mismo sentido, García Caveró (2018, p. 183).

aparece un dominio de la organización. Ahora bien, para Heine estaríamos ante un adecuado *management* de riesgos cuando la empresa adopta un cuidado empresarial orientado a los estándares del sector de su actividad económica, tomando en cuenta el estado actual de la ciencia y la técnica para la línea de negocio que desarrolla.

Con relación a la culpabilidad de la persona jurídica, Heine postula una culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, donde el criterio de temporalidad es determinante para el desarrollo de esta. Así, señala que la verdadera dificultad consiste en determinar conforme a qué entendimiento heurístico debe decidirse la culpabilidad empresarial de forma análogo-funcional. Una primera solución puede encontrarse reflexionando sobre la dimensión temporal, la cual parece ser típicamente constitutiva de la responsabilidad empresarial. Una gran cantidad de los casos que deberán ser tratados en el futuro desde una perspectiva jurídica, son el resultado de desarrollos empresariales defectuosos que no pueden reconducirse a decisiones puntuales de personas físicas concretas, sino que se corresponden con un déficit de muchos años en la prevención de los riesgos empresariales (Heine, 2012, pp. 43-44).

La tesis del *injusto sistémico* de la persona jurídica es postulada por Lampe. Para el desarrollo de esta tesis, Lampe reconoce que existen dos sistemas de injusto: sistemas de injusto simples y sistemas de injusto constituidos, y estos se observan en cuatro ámbitos diferentes: unión de personas criminales dirigidas a un fin, agrupación criminalmente constituida, empresa económica con tendencia criminal e institución estatal criminalmente pervertida. Asimismo, realiza una distinción entre los sistemas de injusto —que son sistemas sociales— y el injusto del sistema, y agrega que los sistemas de injusto jurídico-penales son las relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos (Lampe, 2003, p. 103). En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lampe señala que la empresa económica con tendencia criminal es un injusto constituido, que se basa en

elementos de pertenencia que son independientes de la persona de sus miembros y que, por lo tanto, solo exigen un conocimiento reducido (Lampe, 2003, p. 112).

Según Lampe son injustos del sistema, por lo tanto, aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerdan con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización. Son hechos que exceden y no sistemas de injustos aquellas formas de comportamiento punibles que solo benefician a la empresa o para las que la empresa constituye un estímulo externo (Lampe, 2003, p. 131).

Por último, también tenemos la tesis del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial postulada por Gómez-Jara Díez. El fundamento epistemológico de esta tesis es el constructivismo operativo, que es una corriente epistemológica de los sistemas sociales autopoiéticos. Así, la capacidad de reproducción autopoiética de las personas jurídicas se da en función de decisiones; mientras que, en el ordenamiento jurídico, que es un sistema social funcional, la reproducción autopoiética se da sobre la base de comunicaciones. Asimismo, esta tesis plantea que habrá personas jurídicas imputables e inimputables, según hayan alcanzado un determinado nivel de complejidad interna.

En este esquema dogmático la imputación objetiva consiste en la existencia de una organización empresarial defectuosa, la imputación subjetiva consistirá en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial, mientras que la imputación personal o culpabilidad consiste en la existencia de una cultura empresarial de incumplimiento del derecho. Gómez-Jara Díez (2005) señala que este modelo parte de la necesidad de construir un concepto de culpabilidad jurídico penal empresarial, debido a que se considera que en un genuino derecho penal empresarial la culpabilidad se constituye en fundamento y límite de la imposición de un determinado tipo de sanciones penales —las penas— a la empresa y estas son las únicas que contribuyen al completo restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico (p. 69). En consecuencia, en otros ordenamientos jurídicos,

como el administrativo, civil, etc., no habría necesidad de desarrollar ni fundamentar un concepto de culpabilidad de empresa.

Para el sistema de imputación basado en la culpabilidad empresarial, el delito de la persona física es el presupuesto, no el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Gómez-Jara, 2017, p. 56). En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en el Pleno Jurisdiccional del 29 de febrero de 2016, donde sostuvo:

En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno [...] Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁹.

Con relación al análisis dogmático del derecho comparado, haremos alusión únicamente a cuatro legislaciones que reconocen la responsabilidad «penal»²⁰ y «administrativa»²¹ de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados.

En Italia el legislador introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas con el Decreto Legislativo n.º 231

19 Comentarios a dicha jurisprudencia en Gómez-Jara (2017, pp. 49-96).

20 En la doctrina se han formulado diversas críticas en torno a la atribución de responsabilidad «penal» a las personas jurídicas. Por todos, Gracia (2016, pp. 1-95).

21 No entraremos a la discusión existente en dichos países respecto a si la responsabilidad que se imputa a las personas jurídicas es «administrativa» o si estamos frente a un fraude de etiquetas en donde lo que se imputa es una auténtica responsabilidad «penal».

del año 2001²². Los criterios de imputación de la responsabilidad administrativa a las personas jurídicas se encuentran regulados en el artículo 5²³. En el caso de la República del Perú, con la Ley n.º 30424 se introdujo, al igual que en Italia, la responsabilidad administrativa —aunque realmente es de naturaleza penal— de las personas jurídicas, delimitada a los delitos de colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos (arts. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del Decreto Legislativo n.º 1106) y financiamiento del terrorismo. Los criterios de imputación de responsabilidad penal se encuentran regulados en el artículo 3²⁴ y son similares a los establecidos en la legislación italiana.

22 Por todos, véase De Vero (2008, pp. 3-30 y 305-336). Así, también véase Foffani (2011, pp. 115-124).

23 El texto del artículo 5.º del Decreto Legislativo n.º 231 es el siguiente: «1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

24 El texto del artículo 3.º de la Ley n.º 30424 es el siguiente: «Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias. b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización. c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento. Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica».

En el caso de España, desde la Ley Orgánica 5/2010 se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, dicho sistema fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015²⁵. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 31 bis, numeral 1, del Código Penal Español, en términos similares a la legislación italiana y la peruana.

En el caso de Chile, desde el año 2009, con la Ley n.º 20393, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 3²⁶ de la referida ley. Estos criterios hacen alusión a la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, es decir, se trata de un sistema de responsabilidad fundamentado en la noción de culpabilidad de la empresa²⁷.

Salvo el caso de la legislación chilena, si realizamos una lectura aislada de las legislaciones italiana, peruana y española, nos llevaría *prima facie* a sostener, equivocadamente, que en dichas legislaciones se sigue un sistema vicarial de atribución de la

25 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español, por todos revítese Agudo, Jaén y Perrino (2016, pp. 19-62).

26 El texto del artículo 3.º de la Ley n.º 20393 es el siguiente: «Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero».

27 Para mayores referencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, revisar Hernández Basualto (2010, pp. 216-217).

responsabilidad administrativa a las personas jurídicas²⁸. Sin embargo, una lectura sistemática de dichas legislaciones nos lleva a la conclusión correcta. Por ejemplo, una lectura en clave garantista y de reafirmación del principio de culpabilidad penal de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo italiano n.º 231; de los artículos 3 y 17, numerales 1 y 4, de la Ley n.º 30424 y del artículo 31 bis, numeral 2, del Código Penal Español, nos permite sostener válidamente que en dichos sistemas legales se reconoce la responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas, fundamentada en el principio de culpabilidad de la empresa, donde el ilícito de la persona natural no constituye el fundamento de la imputación, sino únicamente el presupuesto de esta, dado que a la persona jurídica se le imputa su propio delito, lo que en doctrina se ha denominado *delito corporativo*.

En la doctrina penal, Feijoo Sánchez propone el concepto de delito corporativo. Así, señala que la pena no se impone a un colectivo (no es una pena colectiva), sino a una entidad con cierta identidad propia y la multa afecta al patrimonio de esta, sin que nunca se pueda trasladar al colectivo. Cuando hablamos de un delito corporativo ha de haber algo más que una acción conjunta o colectiva (Feijoo, 2016, pp. 66-67). Existen razones organizativo-estructurales que, junto a la infracción individual, explican el hecho delictivo. Esto es lo que en esencia ha de entenderse por delito corporativo, como hecho que genera una responsabilidad penal adicional en la medida en la que no solo tiene una

28 De hecho, de una lectura de la Exposición de motivos de la norma peruana, se puede apreciar que el legislador se aparta del sistema vicarial de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, e incluso sostiene, textualmente, que «Para que opere la responsabilidad de la persona jurídica, se exige la concurrencia de 2 elementos: (i) Hecho de conexión: el delito debe ser cometido por quienes ostentan poder de dirección o representación o sus subordinados en el ejercicio de sus funciones y que le haya reportado un beneficio directo o indirecto, que puede ser de carácter económico o no, como puede ser posicionamiento estratégico en el mercado; y, (ii) Culpabilidad por defecto de organización: se exige la implementación efectiva de un programa de prevención o cumplimiento, en caso esto no ocurra este elemento se habría configurado». La Exposición de motivos se puede ver en [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1352_\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1352_(1).pdf).

explicación adicional vinculada al trabajador o administrador concreto que ha delinquido. A la pregunta de qué tipo de defecto estructural es el que genera responsabilidad, hay que responder que se trata de condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de la organización. Lo relevante a efectos jurídico-penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa (Feijoo, 2016, pp. 70-71).

El concepto de delito corporativo fue asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la sentencia del 16 de marzo de 2016, en donde sostuvo que

la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad²⁹.

3.2.2. Compliance penal e imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El *compliance* penal cumple una función en la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Esta afirmación conlleva, implícitamente, la aceptación de una relación entre *compliance* penal y responsabilidad de las personas jurídicas³⁰.

29 Comentarios a dicha jurisprudencia en Gómez-Jara (2017, pp. 97-133).

30 Véase Ortiz de Urbina (2013, p. 264). Para este autor, «frente a lo que parece ser la posición mayoritaria, la relación entre compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) es contingente y, en cualquier caso, no

Entonces, surge la interrogante de cuál es la función del *compliance* penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Al respecto, Nieto Martín sostiene que esto depende del modelo de responsabilidad que se siga. En el sistema vicarial o de heteroresponsabilidad no es que los programas de cumplimiento carezcan de sentido; lo tienen: su función es evitar que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que pueden dar lugar a responsabilidad penal. Lo que ocurre es que una vez que el delito aparece, carece de relevancia para la defensa penal de la entidad. Las cosas son distintas en el modelo de responsabilidad propia o de culpabilidad de empresa. Aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica (Nieto, 2013, pp. 15-16). De hecho, como bien señala en la doctrina Coca Vila (2018), la decisión legislativa de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de prevención de delitos es acertada (p. 159).

En efecto y con relación al sistema vicarial, como sucede en el caso del derecho penal de los Estados Unidos de América, observamos que la adopción e implementación de un sistema de gestión de *compliance* conlleva a la atenuación de responsabilidad penal, aunque no es menos cierto que hay casos en los que —a nivel de acuerdos con el Ministerio Público— se ha llegado a la abstención de formulación de cargos penales. Como señala Selvaggi (2018), la legislación norteamericana es clara en que la adopción tanto como la efectiva implementación de medidas de prevención de la criminalidad, aunque alentada, no debería, como regla, llevar a la exención de responsabilidad penal (p. 86)³¹. Sin embargo, Ortiz

decisiva. Es decir: puede haber *compliance* con o sin RPPJ y no es claro que la RPPJ suponga una ventaja sobre el régimen administrativo sancionador dirigido a las empresas menos aún que sea un grado de ventaja sobre otras posibilidades de intervención que permitan superar la presunción normativa contra la intervención penal que sienta el principio de *última ratio*».

31 Selvaggi (2018, p. 86), quien además agrega que «En la práctica, los casos de exención de responsabilidad han ocurrido (además en el sentido de ordenar solo

de Urbina y Chiesa sostienen que desde 1991 (con renovado énfasis retórico a partir de 2004) el cumplimiento normativo se ha considerado relevante para determinar la medida de la responsabilidad de los entes colectivos y para la conclusión de acuerdos de no persecución, durante más de veinte años se operó sin ninguna guía en la materia, e incluso la que existe hoy es de limitada utilidad (Ortiz de Urbina y Chiesa, 2019, p. 1536).

En este orden de ideas, podemos afirmar que el valor que una legislación otorgue al *compliance* penal, es decir, si atenúa o exime de responsabilidad penal a la persona jurídica, nos permite obtener mayores elementos para interpretar la legislación y de esta manera poder identificar cuál es el sistema de imputación de responsabilidad acogido por dicha legislación.

El valor que las legislaciones italiana, peruana y española otorgaran al *compliance* penal es determinante para saber cuál es el sistema de imputación de responsabilidad regulado. Si en dichas legislaciones le conceden solo un valor de atenuante de la responsabilidad, podríamos afirmar *prima facie* que se acoge un sistema de imputación vicarial. Sin embargo, el principal valor otorgado al *compliance* penal en dichas legislaciones es que sirven para eximir de responsabilidad penal/administrativa a las personas jurídicas, aunque también se establece que pueden servir de atenuantes cuando son adoptados parcialmente o *ex post* a la comisión del delito.

En efecto, en dichas legislaciones se establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal/administrativa si *ex ante* a la comisión del delito se implementó en la persona jurídica un *compliance* penal. No está de más señalar que este debe ser adecuado a la estructura de la persona jurídica y que

remedios civiles) o de postergación de la persecución penal con la condición de que la compañía ponga en práctica medidas correctivas o, incluso de acuerdo a los casos, además la adopción de modelos de organización y de control del riesgo de comisión de delitos. Por lo tanto, las oficinas de la fiscalía y las entidades corporativas suscriben acuerdos (acuerdos de prosecución diferida), como en el caso *United States v. Monsanto Co.*» (Selvaggi, 2018, p. 85).

admite la identificación de los riesgos e impactos del delito cometido, de modo que permita prevenirlo o reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Así, el *compliance* penal juega un rol fundamental en la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, puesto que el valor en dichas legislaciones se le otorga, ello permite sostener que recogen un sistema de imputación de «culpabilidad de empresa»³². En el mismo orden de ideas, en la doctrina penal hay autores como Gómez Tomillo³³, Seminara³⁴, Foffani³⁵ y Gómez-Jara Díez³⁶, que ubican al *compliance* penal dentro de la estructura de

32 En la doctrina penal hay posiciones contrarias y sumamente respetables. Por ejemplo, hay quienes ubican al *compliance* penal dentro del injusto de la persona jurídica; por todos, véase Heine (2012, p. 47). Hay otros que lo ubican dentro de la teoría de la imputación objetiva de las personas jurídicas; por todos, véase García Caveró (2017, pp. 122-123). Por último, hay quienes lo ubican dentro de la estructura de la acción típica de la persona jurídica (Bajo, 2016, p. 43).

33 Sobre ello, Gómez Tomillo (2015, pp. 134-150), quien sostiene «la culpabilidad implicaría un juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar el desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Como en el caso de las personas físicas, la culpabilidad de las entidades colectivas implicaría un complejo juicio valorativo que requiere la ponderación de numerosas cuestiones por parte del juez. Estos datos a tener en cuenta son múltiples, por lo que tan solo puedo considerar alguno de los más importantes, sin que pueda aspirar a agotar la cuestión la existencia o ausencia de un programa de cumplimiento» (p. 135).

34 Seminara (2014), quien sostiene «como se puede ver la responsabilidad del ente gira en torno a la omisión de modelos organizativos: en este sentido, la construcción de los *compliance programs* como fundamento de la imputación subjetiva cumple una lógica de garantía una vez superado el *versari in re illicita*» (p. 132).

35 Foffani (2011), para quien «la imputación subjetiva —el aspecto más original del nuevo sistema— se fundamenta en un complejo mecanismo inspirado en el sistema norteamericano de los *compliance programs*, sobre la base de los cuales el legislador ha pretendido expresamente dar vida a una inédita forma de culpabilidad de la persona jurídica. De tal forma que la culpabilidad supone que la empresa no haya adoptado o no haya implementado correctamente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir la realización de delitos correspondientes al tipo cometido en el caso concreto» (p. 120).

36 Gómez-Jara (2016), para quien «las concepciones modernas de la culpabilidad en la persona física relacionan este concepto con el de fidelidad al derecho o

la culpabilidad de las personas jurídicas, en donde la adopción de un *compliance* eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad (Gómez Tomillo, 2015, p. 144).

4. LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS OPERACIONES DE M&A. APORTES DOGMÁTICOS, JURISPRUDENCIALES Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

4.1. ASPECTOS BÁSICOS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y M&A EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En la Ley General de Sociedades del Perú, Ley n.º 26887, se regulan las operaciones de fusiones y adquisiciones (*merger and acquisition, M&A*), en la sección correspondiente a la reorganización de sociedades, entre los artículos 333 a 395 de la ley.

Para efectos de la presente investigación, nos interesan aquellos supuestos de operaciones de concentración empresarial en los que resultará un cambio en la personalidad jurídica, por lo que dejaremos de lado el análisis de las operaciones de transformación, ya que, como bien advirtió Elías Laroza (2015), esta se realiza sin que se produzca cambio alguno en la personalidad jurídica del ente transformado (p. 359).

La fusión de empresas es una operación de concentración empresarial y se da cuando dos o más sociedades se reúnen

disposición jurídica que le es exigible a un ciudadano en democracia. Sin poder entrar aquí en mayores detalles, el equivalente funcional en el ámbito de la persona jurídica es una defectuosa cultura de Compliance. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las organizaciones empresariales puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho o expresado de otra manera, de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, constituye la base de su culpabilidad. Cuando no tienen una adecuada cultura de Compliance la persona jurídica está generando una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad» (p. 107).

para formar una sola, y puede adoptar dos formas. La primera, que es la fusión por creación de una nueva sociedad, se da cuando la fusión se realiza para constituir una nueva «sociedad incorporante», lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios a la nueva sociedad. La segunda, que es la fusión por absorción, se da cuando se realiza la absorción de una o más sociedades por otra «sociedad existente», lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas y, al igual que el supuesto anterior, se traslada en bloque y a título universal los patrimonios a la sociedad absorbente.

Para determinar el valor del patrimonio de una sociedad puede emplearse alguna de las siguientes metodologías, como son el valor en libros, valor de reemplazo, valor de capitalización bursátil, compañías comparables, transacciones comparables, flujo de caja desconcentrado y otros factores relevantes³⁷.

En la doctrina Alonso Soto (2004) señala que tres notas resultan esenciales para caracterizar las operaciones de fusión: la integración de patrimonios, de los socios y de las relaciones jurídicas de las sociedades que intervienen en el proceso, de modo que puede decirse que al finalizar el proceso se produce una integración de personas jurídicas (pp. 498-499). Es especialmente relevante la integración o agrupación de socios y de las relaciones jurídicas, ya que nuestra Ley General de Sociedades no permite el *squeeze-out* ni el *cash out merger*.

Estos elementos esenciales de la fusión permiten distinguir estas operaciones de concentración empresarial de otras similares que, según la ley, no llegan a calificar como operaciones de fusión y que en la doctrina se denominan fusiones impropias, como son la formación de un *holding* que adquiera el control de una o más sociedades existentes, la tenencia de acciones o participaciones por un grupo de socios que les dé control sobre determinadas

37 Por todos, Ferrero (2003, p. 320).

sociedades, la creación de una sociedad-gerente común a un grupo de sociedades que controle la dirección y la administración de estas, entre otras³⁸.

Asimismo, estos elementos esenciales permiten distinguir las operaciones de fusión de las operaciones de adquisición (*acquisition*). Como bien señala Alonso Soto (2004) no es fusión la operación por la cual una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones o participaciones y lo mismo sucederá cuando la adquisición de todas las acciones o participaciones vaya seguida de la disolución de la sociedad participada o se produzca la cesión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra porque, en principio, no habrá en estos casos una integración de las personas jurídicas (p. 499).

Por otro lado, la escisión es otra forma de reorganización empresarial reconocida en la ley, que se produce cuando una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, los socios o accionistas reciben de las sociedades escindidas las acciones o participaciones de las nuevas sociedades o de las absorbentes.

De acuerdo con nuestra legislación, la escisión puede adoptar las siguientes formas. Primero, cuando la escisión se realiza a través de la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez, y que producen la extinción de la sociedad escindida. Segundo, cuando la escisión se realiza a través de la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez. Pero en este supuesto la sociedad escindida no se extingue, sino que procede a realizar un reajuste de su capital social.

38 Sobre ello, Elías (2025, p. 397).

4.2. APROXIMACIONES CONCEPTUALES AL PROCEDIMIENTO DE *DUE DILIGENCE*

En materia de *M&A* es una práctica habitual la utilización del procedimiento de *due diligence* de forma previa a la adopción de una decisión de fusión, adquisición o escisión, e incluso en las decisiones de inversión realizadas a través de los fondos de inversión mediante aportes de capital o compra de acciones, ya que estos persiguen, como señala Rebaza Torres (2007), un grado de control en la empresa en la cual se invierte que le permita, en la medida de lo posible, cautelar su buena conducción (p. 103).

El procedimiento de *due diligence* o diligencia debida es definido por la doctrina como la investigación que realiza el equipo de la empresa compradora sobre la empresa objetivo para determinar el valor, los riesgos y todas las variables que puedan afectar en el futuro a la empresa que comprarán. En un sentido más estricto, *due diligence* debe analizar los riesgos de la empresa que se desea adquirir (García Estévez, 2006, p. 32).

Con este procedimiento de diligencia debida se obtendrán datos relevantes de los que se carecía al inicio de las negociaciones de *M&A*, para la determinación del valor real del *target* (cuando estamos ante una operación de adquisición) o de las sociedades que podrían participar en una fusión o escisión —independientemente de que se puedan utilizar cualquiera de las metodologías para determinar el valor del patrimonio de una sociedad indicadas supra— y, quizás el aspecto más importante, para advertir los riesgos legales —que pueden ser penales o de *compliance*, como veremos infra—, reputacionales y operativos que pueden derivar de la operación de *M&A*.

4.3. ¿CÓMO OPERA LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS OPERACIONES DE M&A?

Tanto las legislaciones peruana, italiana, española y chilena regulan las cláusulas de transferencia de responsabilidad, o cláusulas

antielusión como se les conoce en la doctrina³⁹, con algunas acertadas diferencias solo en el caso de la legislación italiana.

Desde nuestro punto de vista, estas cláusulas son peligrosas por cuanto lo que se busca transferir es una responsabilidad penal en el marco de operaciones de *M&A*, lo cual no solo resulta desalentador para el fomento de las inversiones y la continuidad de la actividad económica, sino que también puede resultar injusto en caso se realicen transferencias de responsabilidad penal hacia personas jurídicas que no participaron del delito o que no comparten los mismos socios.

En el caso de la legislación peruana, el art. 2 de la Ley n.º 30424 regula en forma genérica la transferencia de responsabilidad al señalar que el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a esta. De acuerdo con esta regulación, se atribuirá responsabilidad penal «a la misma» persona jurídica que cometió el delito, con lo cual pareciera que no habría una transferencia de responsabilidad; sin embargo, con posterioridad la misma disposición legal agrega que en el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa y en función del patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto, con lo cual queda claro que en la práctica se está realizando una transferencia de responsabilidad penal.

En el caso de la legislación española, el art. 130 numeral 2 señala que la transformación, fusión, absorción o escisión de una

39 Por todos, Zavala (2020, p. 198).

persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o a las entidades que resulten de la escisión. Esta regulación es similar al art. 18 de la Ley Chilena n.º 20393, la cual regula que en el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la persona o a las personas jurídicas resultantes.

Por último, la legislación italiana regula estos aspectos con mayor claridad y con cierto grado de racionalidad, desde el art. 28 al 33 del Dec. Leg. 231/2001. Así, con relación a la transformación de la persona jurídica, al no producirse cambio en la personalidad jurídica, se señala que su responsabilidad no se ve afectada. Respecto a las operaciones de fusión, se regula que la persona jurídica resultante será responsable de los delitos que cometieron las personas jurídicas que participaron en la fusión. En los casos de escisión, la responsabilidad de la entidad escindida también será trasladada. Por último, se regulan los supuestos de transferencia de la empresa en cuya actividad se cometió el delito, en donde se regula tan solo una obligación solidaria al pago de la multa, pero con un criterio acertado no se traslada la responsabilidad penal.

4.4. FINALIDAD POLÍTICO CRIMINAL DE LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD

Es razonable que el Estado busque combatir la criminalidad de empresa a través de la instauración de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que se persiga sancionar al autor del delito; a diferencia de las personas naturales, el propio ordenamiento jurídico le permite utilizar herramientas para reorganizarse y cambiar de personalidad jurídica, es decir, para transformarse en otro ciudadano corporativo.

Consideramos que, precisamente, esta es la finalidad político criminal que buscan las cláusulas de transferencia de responsabilidad, esto es, evitar que la persona jurídica responsable de un delito «desaparezca» —en términos ontológicos— o que se reorganice y pierda su personalidad jurídica, lo que generaría situaciones de impunidad. Similar opinión sostuvo la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011 del 1 de junio de 2011, donde se estableció que

en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión⁴⁰.

Es plausible esta finalidad político criminal y, en el campo práctico, no generaría mayores inconvenientes si estuviéramos solo frente a supuestos de transformación de personas jurídicas, en los cuales no pierden su personalidad jurídica y, por ende, lo que la administración de justicia penal buscaría es perseguirlas y hacerlas responder por su propia culpabilidad. En otras palabras, en los casos de transformación de personas jurídicas, donde no se pierde la personalidad jurídica, se castiga a la empresa en virtud de su propia culpabilidad sobre el delito cometido.

Sin embargo, y desde nuestro punto de vista, esta finalidad político criminal carece de legitimidad ante supuestos de fusiones y adquisiciones, en donde las sociedades adquirientes, resultantes u absorbentes no tienen participación alguna en los delitos cometidos; asimismo, carece de legitimidad ante aquellos supuestos en los que las personas jurídicas que se fusionan con la persona jurídica que cometió el delito verán que la entidad

40 Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

resultante será declarada culpable por un delito que ellas mismas —personas jurídicas— no cometieron. Adicionalmente, la ausencia de legitimidad se desprende del hecho mismo de que esta cláusula es contraria a los principios constitucionales de culpabilidad y personalidad de las penas.

4.5. APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

La transferencia o sucesión de responsabilidad penal en el marco de operaciones de concentración empresarial fue objeto de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en el derecho comparado.

En el caso del Banco Santander S. A., el Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional dictó, el 15 de enero de 2019, un auto judicial que declaraba la sucesión procesal con relación al Banco Popular Español S. A., al haberse producido una operación de fusión por absorción. Sin embargo, vía recurso de apelación, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional emitió la Resolución n.º 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, a través de la cual se revocó la resolución impugnada y se sostuvo que

Si bien es cierto que, ninguna norma, o criterio jurisprudencial, permite por el momento, hablar de la existencia de una excusa absolutoria para la entidad absorbente por la responsabilidad penal en que hubiere podido incurrir la entidad absorbida, sino todo lo contrario al amparo del artículo 130.2 CP, es necesario llevar a cabo una interpretación del precepto acorde con la normativa constitucional y con los principios básicos del Derecho penal; por ello, quizás, el legislador debió matizar la redacción del citado precepto, a fin de delimitar la transmisión de la responsabilidad penal entre las entidades partícipes de la operación societaria de que se trate, a los supuestos de fraude o similares, en los que la misma se lleva a cabo con la finalidad de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de las entidades sucedidas, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica

que responda en última instancia; o introducir otro tipo de elementos moduladores de tal transferencia, en evitación de situaciones como las que nos ocupa.

En el caso de autos, el Banco Santander, S. A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, porque de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquel por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 24).

En el caso de la empresa Iron Mountain, que absorbió a la empresa Recall France y su filial Intradis, quienes estarían involucradas en la presunta comisión de un delito debido a la destrucción involuntaria de bienes ajenos por efecto de un incendio provocado por el incumplimiento de obligaciones de seguridad o prudencia impuestas por la ley, la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia emitió la Sentencia n.º 2333, de fecha 25 de noviembre de 2020, a través de la cual se fijaron los siguientes nuevos criterios jurisprudenciales en materia de transferencia de responsabilidad penal de las personas en el marco de una operación de fusión-absorción:

14. Para dar respuesta a esta pregunta, es importante determinar si existe un principio general de transferencia de responsabilidad penal en caso de fusión-absorción (apartados 15 a 37) y si, en caso afirmativo, este principio es de aplicación inmediata (párrafos 38 y 39). Solo en el caso de una respuesta negativa a cualquiera de estas dos sub preguntas será necesario determinar si la solución debe ser diferente en caso de fraude (apartados 40 a 42).

[...]

16. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Casación, este principio, cuya interpretación debe ajustarse al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, impide que, tras una operación fusión-absorción, la sociedad adquirente sea procesada y condenada por actos cometidos con anterioridad a dicha operación por la sociedad absorbida, disuelta por efecto de la fusión (Crim., 20 de junio de 2000, Recurso n.º 99- 86.742, Bol.crim.2000, n.º 237; Crim., 14 de octubre de 2003, recurso de casación n.º 02-86.376, Bol.Crim.2003, n.º 189).

[...]

21. Sin embargo, este enfoque antropomórfico de la operación de fusión-absorción debe cuestionarse porque, por un lado, no tiene en cuenta la especificidad de la persona jurídica, que puede cambiar de forma sin ser liquidada; por otro lado, no tiene relación con la realidad económica.

[...]

34. En el estado actual del derecho interno, la interpretación del artículo 121-1 del Código Penal que autoriza el traspaso de responsabilidad penal entre la sociedad absorbida y la sociedad adquirente es la única forma de permitir que la sociedad adquirente sea sancionada económicamente por los hechos, comprometida antes de la fusión por la sociedad absorbida.

[...]

38. Sin embargo, esta nueva interpretación, que constituye una inversión de la jurisprudencia, no puede aplicarse a las fusiones anteriores a esta decisión sin infringir el principio de previsibilidad jurídica derivado del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[...]

41. Al respecto, debe considerarse que la existencia de fraude contra la ley permite al juez dictar una sanción penal contra la sociedad adquirente cuando la operación de fusión absorción tenía por objeto hacer que la sociedad absorbida escapara de su responsabilidad penal. Esta posibilidad es independiente de la implementación de la mencionada directiva del 9 de octubre de 1978⁴¹.

41 Sentencia n.º 2333 de fecha 25 de noviembre de 2020 (18-86.955) de la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia.

4.6. ¿TRASLADO AUTOMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: SIGNOS DE UN SISTEMA VICARIAL?

Al analizar las citadas cláusulas de traslado de la responsabilidad penal podemos observar que no se hace referencia a criterios de imputación o de culpabilidad de la persona jurídica adquirente, resultante u absorbente, según sea el caso, de una operación de *M&A*.

Por ello, en la doctrina penal se discute si aquí opera un traslado objetivo de responsabilidad penal. Sobre este punto, Montiel (2020) señala que la responsabilidad sucesoria es de carácter objetivo, lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante (p. 54)⁴².

En otras palabras, si en una operación de *M&A* una de las personas jurídicas intervinientes incurrió —previamente— en la comisión de un delito que genere su responsabilidad penal, este estigma del derecho penal o la declaratoria de culpabilidad será transferida a las sociedades adquirentes, resultantes u absorbentes, y será innecesario verificar si en estas últimas se cumplen los presupuestos de imputación de los artículos 3 de la Ley n.º 30424, 5 del Decreto Legislativo Italiano 231/2001, 31 bis del Código Penal español o 3 de la Ley Chilena n.º 20393. Es decir, las personas jurídicas adquirentes, resultantes u absorbentes responderán penalmente y serán declaradas culpables, en virtud de esta transferencia automática de responsabilidad, a pesar de no haber participado en el delito cometido.

42 En el mismo sentido, Ortiz de Urbina y Cigüela (2020), al sostener que «Los términos del art. 130.2 CP hacen surgir la impresión de que el traslado de la sanción de una persona jurídica a otra opera de modo objetivo, permitiéndose luego su moderación» (p. 93).

4.7. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: LA *DUE DILIGENCE* DE COMPLIANCE PENAL COMO PRESUPUESTO PARA EVITAR LA TRANSFERENCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS, EN EL MARCO DE OPERACIONES DE M&A

En la doctrina penal se postula que una forma de evitar la transferencia de responsabilidad en operaciones de *M&A* es la realización de una *due diligence* de *compliance* penal previo a la operación de concentración empresarial. Así, Martiñón Cano (2014) señala que debe exigirse como norma de conducta primaria aquella que va a la persona jurídica: verificar tanto el patrimonio como la compañía con la que se pacta, y si no lo hace, o lo hace deficientemente, se le puede exigir responsabilidad penal (p. 333). Por su parte, Ortiz de Urbina y Cigüela (2020) proponen que el efecto potencialmente expansivo de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de análisis de riesgos penales en los procedimientos de *due diligence* que de forma usual se llevan a cabo en los procesos de absorción y fusión (p. 94).

Una posición similar sostuvo la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Resolución n.º 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, donde sostuvo que

Por ello, las entidades cuando van a llevar a cabo una operación mercantil de este tipo, durante las *due diligence* (investigación exhaustiva de las entidades implicadas) previa a la fusión, deberán detectar la posible comisión de infracciones penales en el seno de las entidades que se fusionan o que habiéndolas detectado no las hayan denunciado a las autoridades, o de alguna manera las hayan ocultado, criterios estos manejados por la Fiscalía para imputar los delitos a los sucesores corporativos en caso de fusiones de empresas y también de simples adquisiciones (pp. 26-27).

Este criterio propuesto por la doctrina no es un presupuesto de las legislaciones italiana, española y chilena, pero sí lo es en la legislación peruana. En el caso de la legislación peruana, el

artículo 2 de la Ley n.º 30424 establece que ante supuestos de fusión o escisión, la persona jurídica no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifica la adopción de acciones razonables orientadas a comprobar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos que generan su responsabilidad penal.

Con relación a ello, en los recientes «Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (*compliance* penal)», aprobados por la Superintendencia Nacional del Mercado de Valores (SMV) por Resolución n.º 006-2021-SMV/01⁴³, se señala que gracias a la *due diligence* la persona jurídica puede decidir vincularse, desvincularse o no vincularse con terceros que puedan estar comprometidos o investigados en algunos de los delitos comprendidos en la Ley n.º 30424 y/o en los demás delitos que la persona jurídica estime conveniente. Puede, asimismo, evitar ser asociada con terceros que tienen mala reputación, anticipar riesgos, establecer medidas de protección y mitigación para contrarrestar cualquier acción o reclamo futuro por una eventual imputación. Sin embargo, en dicho documento no se hace ninguna mención sobre cómo debe llevarse a cabo dicho procedimiento de *due diligence* en el marco de operaciones de *M&A*, a pesar de que el mismo documento brinda ejemplos prácticos y acciones referenciales sobre cómo llevar a cabo dicho proceso en otros ámbitos, como el conocimiento de clientes, de proveedores, entre otros.

Entonces, surge la interrogante de qué significa la realización de un procedimiento de *due diligence* de *compliance* penal. Consideramos que la interpretación correcta de este proceso debe implicar las siguientes etapas.

43 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de marzo de 2021.

En primer lugar, la verificación razonable sobre los delitos que puede haber cometido o en los que puede haber participado la persona jurídica con la que se va a realizar la fusión, o la persona jurídica que va a desprenderse de parte de su patrimonio en caso estemos ante una escisión, o la persona jurídica que venderá sus acciones o activos en caso estemos ante una adquisición, siempre y cuando este delito sea parte del catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para verificar la comisión o participación de este delito no es necesario la existencia de una sentencia condenatoria firme, pues basta el inicio de una investigación a nivel del Ministerio Público para que la persona jurídica a fusionarse o la absorbente puedan identificar esta operación con una *red flag*.

En segundo lugar, la verificación de si esta persona jurídica tiene un sistema de gestión de *compliance* penal implementado, de acuerdo con los requisitos mínimos del artículo 17 de la Ley n.º 30424.

En tercer lugar, la verificación respecto al razonable funcionamiento de este sistema de gestión de *compliance* penal, lo que no implica que de haber funcionado correctamente el delito se pudo evitar. Es decir, es razonable inferir que el sistema de gestión de *compliance* penal funciona y aún así el delito se cometió.

En cuarto lugar, verificar razonablemente si el delito fue cometido en beneficio de la persona jurídica a absolver, cuyo patrimonio se escindirá o que venderá sus acciones o activos.

En último lugar, la verificación razonable respecto a si el delito fue cometido eludiendo fraudulentamente el sistema de gestión de *compliance* penal.

Como se puede apreciar, estos requisitos que postulamos son similares a los presupuestos de la imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica, con lo cual queremos darle coherencia sistémica y racionalidad al procedimiento de *due diligence* de *compliance* penal.

4.8. CRÍTICAS CONTRA LA CLÁUSULA DE TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las críticas a este sistema de transferencia automática de responsabilidad penal son varias y las más relevantes son de orden constitucional, por lo que consideramos que esta cláusula es inconstitucional.

Se critica que esta cláusula atenta contra el principio constitucional de culpabilidad penal. No debemos olvidar que si estamos ante un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, estas deben responder por su propia culpabilidad, pues en un genuino derecho penal empresarial es la culpabilidad el fundamento y el límite de las sanciones penales que se impondrán contra las personas jurídicas.

Por otro lado, esta cláusula también atenta contra el principio constitucional de personalidad de las penas. Así, Montiel (2020) señala que la propia transferencia de responsabilidad pareciera romper con el principio de personalidad de las penas (p. 53).

Conforme expusimos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por fundamentar modelos teóricos que justifiquen la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, de acuerdo con la interpretación de las respectivas legislaciones. Sin embargo, vemos que estos esfuerzos teóricos no pueden fundamentar estas cláusulas de traslado automático de responsabilidad penal, máxime si son las propias legislaciones las que establecen supuestos en los que no se debe realizar ninguna imputación concreta contra la persona jurídica adquirente, resultante u absorbente, sino que la responsabilidad penal de la persona jurídica que participa en la operación de *M&A* será automáticamente transferida a estas.

Como resultará evidente, este traslado automático de responsabilidad penal conlleva a plantearse si es que en estas legislaciones se recoge o no un sistema vicarial de imputación de

responsabilidad, pues de ser así no existirían mayores inconvenientes en sostener la legitimidad de este traslado automático de responsabilidad.

Somos de la opinión de que estas cláusulas de traslado de responsabilidad son una clara muestra de errores de técnica legislativa, pues generan una severa contradicción en la misma legislación que, por un lado, reconoce específicamente presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, por otro lado, en el mismo cuerpo normativo se regula una responsabilidad objetiva o por traslado que no toma en consideración los presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el supuesto de que la responsabilidad de las personas jurídicas fuera de carácter administrativo —aunque la Ley n.º 30424 la denomina así—, no existirían inconvenientes en postular el traslado de la responsabilidad, pues como bien sostiene Zabala López-Gómez (2020), la cuestión relativa al traslado de la responsabilidad a la sociedad resultante en operaciones de fusiones, adquisiciones o escisiones no resulta extraña, ni para el ordenamiento jurídico español, ni para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en materia de derecho administrativo como en materia fiscal, así como en materia laboral, mercantil y civil, las responsabilidades se trasladan a las entidades resultantes (p. 204).

5. CONCLUSIONES

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas aún se encuentra en proceso de desarrollo dogmático en la República del Perú, no se advierten pronunciamientos judiciales que desarrollen a nivel jurisprudencial este sistema. Sin embargo, podemos recurrir a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas de aquellos países en los que sus legislaciones sirvieron de fuente para la Ley n.º 30424.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas apuntan que, en estos países se regula, en la práctica, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de la cual la imputación de responsabilidad tiene que ver con factores de la propia organización y se da una especial relevancia al *compliance* penal como eximente o atenuante de la responsabilidad penal, según se haya implementado *ex ante* o *ex post* a la comisión del delito.

Hemos observado que la doctrina penal, así como la jurisprudencia en menor medida, se han encargado de fundamentar teóricamente cómo es que responderían penalmente las personas jurídicas y bajo qué presupuestos de imputación, así como cuál es el sistema de imputación de responsabilidad recogido en la concreta legislación penal estudiada.

Sin embargo, con relación al instituto de la cláusula de transferencia de responsabilidad penal entre las personas jurídicas, hemos encontrado algunos pocos estudios en la doctrina y escasos pronunciamientos jurisprudenciales que aún se encuentran en proceso de desarrollo de cómo debe operar dicha institución.

Esta cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de *M&A* opera automáticamente, es decir, no se requiere la constatación de ningún presupuesto de imputación contra la sociedad adquiriente, resultante u absorbente. Esto es peligroso, ya que atenta contra los serios esfuerzos realizados por la doctrina penal y la jurisprudencia consistentes en desarrollar modelos teóricos que fundamenten la imputación de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, así como también hemos podido observar que esta cláusula introducida en las legislaciones italiana, española, chilena y peruana resulta, de una lectura sistemática, contradictoria en esas mismas legislaciones.

También se ha verificado la relevancia del procedimiento de *due diligence* de *compliance penal* en las operaciones de *M&A*, como presupuesto para liberarse de las cláusulas de transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas,

lo que está expresamente regulado en la legislación peruana. Sin embargo, advertimos que, aunque la doctrina propone este mecanismo para liberar la transferencia de responsabilidad, las legislaciones italiana, española y chilena no lo regulan expresamente.

Por último, hemos elaborado críticas constructivas contra la cláusula de transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y se ha advertido su inconstitucionalidad por vulneración de los principios penales de culpabilidad y de personalidad de las penas, los cuales deben orientar un correcto o genuino derecho penal empresarial.

REFERENCIAS

- Agudo, E., Jaén, M. y Perrino, A., (2016). *Derecho penal de las personas jurídicas*. Dykinson.
- Alonso, R. (2004). Las operaciones de fusión. En Álvarez, J. M. y Carrasco, A. (coords.), *Fusiones y adquisiciones de empresas* (pp. 497-518). Aranzadi Thomson Reuters.
- Bacigalupo, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Hammurabi.
- Bajo, M. (2016). Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. En Bajo Fernández, M., Gómez-Jara, C. y Feijoo, B. (coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.^a ed., pp. 25-54). Aranzadi Thomson Reuters.
- Balmaceda, J. (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad «administrativa» autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo n.º 1352. *Actualidad Penal*, (33), 15-36.
- Caro, C. (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *Criminal Compliance Programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (123), 117-158.

- Carrión, J. (2018). ¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Algunos alcances a partir del Decreto Legislativo n.º 30424. *Ius Inkarri. Revista de Investigación la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, (7), 213-227.
- Coca, I. (2018). Los modelos de prevención de delitos como eximente de la responsabilidad «penal» empresarial en el ordenamiento jurídico español. En Coca, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 145-169). Ideas Solución Editorial.
- De Vero, G. (2008). La responsabilità penale delle persone giuridiche. En Grosso, C. F., Padovani, T. y Pagliaro, A. (dirs.), *Trattato di diritto penale. Parte generale* (pp. 3-30 y 305-336). Giuffrè Editore.
- Elías, E. (2015). *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú* (2.ª ed., t. 2). Gaceta Jurídica.
- Feijoo, B. (2014). Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles. En Ontiveros, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 135-176). Tirant lo Blanch.
- Feijoo, B. (2015). *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Aranzadi.
- Feijoo, B. (2016). *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed.). Civitas.
- Ferrero, G. (2003). Aspectos económicos y financieros de las fusiones en el Perú. *Revista Advocatus*, (9), 317-328.
- Foffani, L. (2011). La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia. En Urquizo, J., Abanto, M. y Salazar, N. (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann* (pp. 115-124). Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

- García Cavero, P. (2017). *Criminal compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*. Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2018). *Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa*. En Coca Vila, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 173-205). Ideas Solución Editorial.
- García Estévez, P. (2006). *Fusiones comentadas. Análisis de las fusiones más importantes de los últimos años*. Marcial Pons.
- Gómez-Jara, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Gómez-Jara, C. (2016). Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Bajo, M., Feijoo, B., Gómez-Jara, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed., pp. 89-120). Aranzadi.
- Gómez-Jara, C. (2017). *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Aranzadi.
- Gómez-Jara, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*. Instituto Pacífico.
- Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed.). Aranzadi.
- González, J. L. (2015). El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (3), 97-109.
- Gracia, L. (2016). Críticas de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 1-95.

- Heine, G. (1996). La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. En *Anuario de Derecho Penal 96. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Grijley.
- Heine, G. (2012). Modelos de responsabilidad jurídico (penal) originaria de la empresa. En Gómez-Jara, C. (ed.), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas* (pp. 23-61). Ara Editores.
- Hernández, H. (2010, julio). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Polít. crim.*, 5(9), 216-217.
- Lampe, E.-J. (2003). *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley.
- Laufer, W. (2012). La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. En Gómez-Jara, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Ara Editores.
- Martiñón, G. (2014). La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución. En Ontiveros, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 321-335). Tirant lo Blanch.
- Montiel, J. (2020, julio). Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del compliance y el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 47-59.
- Nieto, A. (2013). Introducción. En Arroyo, L. y Nieto, A. (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 15-16). Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2015). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Nieto, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 50-109). Tirant lo Blanch.

- Ortiz de Urbina, I. (2013). Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest). En Khulen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina, I. (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 263-282). Marcial Pons.
- Ortiz de Urbina, I. y Chiesa, L. (2019). Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE. UU. En Gómez-Colomer, J. (dir.), *Tratado sobre compliance, responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 1501-1542). Tirant lo Blanch.
- Ortiz de Urbina, I. y Cigüela, J. (2020). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución. En Silva, J. (dir.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa, parte general y especial* (pp. 73-95). Atalier.
- Rebaza, A. (2007). Las fusiones y adquisiciones de empresas: a propósito de la proliferación de los fondos de inversión. *Themis, Revista de Derecho*, (54), 101-111.
- Reyna, L. (2018). Implementación de los *Compliance Programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En Coca, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ideas Solución Editorial.
- Sánchez, P. (2016, 15 de julio). La CAN y el grupo Antisoborno de la OCDE, por P. Sánchez Velarde. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/can-grupo-antisoborno-ocde-p-sanchez-velarde-236601-noticia/>
- Selvaggi, N. (2018). Responsabilidad penal de las corporaciones y programas de cumplimiento (*Compliance Program*) en el sistema de los Estados Unidos de América. En Coca, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 65-98). Ideas Solución Editorial.

- Seminara, S. (2014). Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. En Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V. y Hortal Ibarra, J. C. (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 127-160). B de F.
- Silva, J. M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español. En *Fundamentos de derecho penal de la empresa* (pp. 254-ss.). B de F.
- Sota Sánchez, A. (2012). Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (34), 51-72.
- Sun Beale, S. (2018). Una respuesta a las críticas a la responsabilidad penal corporativa. En Coca Vila, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 97-143). Ideas Solución Editorial.
- Tiedemann, K. (2009). *Derecho penal económico*. Grijley.
- Zabala, C. (2020). M&A y compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *InDret*, (2), 195-224.
- Zugaldía, J. M. (2002). La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En Mir Puig, S., Modolell, J. L., Gallego, J.-I. y Bello, C. (coords.), *Estudios de Derecho Penal Económico* (pp. 123-152). Livrosca.
- Zugaldía, J. M. (2005). La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En Reyna, L. M. (dir.), *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Ara Editores.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4637

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

The presumption of innocence in the adversarial
system

MARÍA ESTHER FELICES MENDOZA
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: maria.felices@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-2803-3202>

RESUMEN

El presente artículo desarrolla uno de los principios más importantes del sistema penal acusatorio, la presunción de inocencia, el cual es también un derecho y una garantía que ha sido reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos, y que forma parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado, que sostienen el Estado democrático de derecho, por lo cual hoy se puede decir que existe un proceso penal constitucionalizado que exige la observancia de un debido proceso.

Palabras clave: derecho a la presunción de inocencia; *in dubio pro reo*; manifestaciones de la presunción de inocencia; sistema procesal penal acusatorio.

ABSTRACT

This article develops one of the most important principles of the accusatory criminal system, the presumption of innocence, which is also a right and guarantee that has been recognized in international human rights treaties, and which is part of the fundamental rights recognized in the Political Constitution of the State, which sustain the democratic rule of law, so that today it can be said that there is a constitutionalized criminal process that requires the observance of due process.

Key words: right to the presumption of innocence; *in dubio pro reo*; manifestations of the presumption of innocence; accusatory criminal procedure system.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en los últimos distritos judiciales del país, Lima Centro (15 de junio de 2021) y Lima Sur (31 de mayo de 2021), se completa su aplicación en todo el territorio nacional. Este modelo procesal penal reconoce un sistema acusatorio con rasgos adversariales, que garantiza la prevalencia de los principios, las garantías y los derechos fundamentales aceptados en los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Perú ha ratificado su cumplimiento; principios-derechos que también se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Estado peruano, motivo por el cual podemos afirmar que hoy en día existe un modelo procesal penal constitucionalizado.

El modelo procesal penal acusatorio reconoce los principios que le asisten a todo imputado sometido a un proceso penal, como son el derecho a la defensa, la presunción de inocencia —del cual me ocuparé en este artículo—, el derecho a un juicio

previo, la prohibición de la persecución múltiple (*non bis in idem*), el derecho a un plazo razonable, la pluralidad de instancia. Así también comprende principios que le corresponde observar a los órganos estatales (Ministerio Público y Poder Judicial), como son el principio de legalidad procesal, el principio acusatorio, la independencia, la imparcialidad, la interdicción de la arbitrariedad. Asimismo, uno de los aspectos más resaltantes de este sistema procesal penal es la materialización de los principios del procedimiento: la oralidad, la inmediación, la publicidad, la concentración, la celeridad, la economía procesal, que vienen a ser las características principales que lo distinguen del modelo procesal penal inquisitivo.

En este breve artículo, intentaré abordar de manera clara y sucinta uno de los principios más importantes que sustentan el sistema penal acusatorio, el principio de presunción de inocencia, que también cumple la exigencia de ser un derecho y una garantía constitucional, reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos, cuyo contenido avala el cumplimiento de los derechos que le asisten a toda persona sometida a un proceso penal, tanto para restringir el derecho a la libertad personal como para darle un trato de inocente en lo que dure la investigación; así también que sea declarada su culpabilidad con suficiente actividad probatoria de cargo ofrecida por el Ministerio Público —quien tiene la carga de la prueba— y actuada en el juicio oral.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL PERUANO

El actual modelo procesal penal peruano, acusatorio con rasgos adversariales, está dotado de garantías, derechos y principios que subyacen a las normas procesales que contiene el Código. Por ello podemos afirmar que nos encontramos frente a un procesal penal constitucionalizado. En efecto, la Constitución se ha ocupado profusamente de los asuntos procesales, modificando significativamente el panorama normativo del proceso y del

ordenamiento procesal orgánico. Esta engloba un conjunto de normas jurídicas relacionadas con las instituciones del proceso penal, en cuanto al reconocimiento y la restricción de los derechos fundamentales (De la Oliva et al., 1993, p. 63); es decir, el ordenamiento jurídico procesal penal adopta una orientación, principios, modelos y vigas maestras estructurales recogidas de la carta fundamental.

El proceso penal de un Estado democrático adhiere esta opción, robustecida por la globalización de los derechos humanos y la vigencia de los tratados internacionales sobre la materia. Por ello es correcto lo que afirmaba Jürgen Baumann (1989) cuando confirmaba el aserto de su colega Henkel, que el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado (p. 29).

La IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la carta fundamental adscribe se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. De igual manera, el artículo 55 de la Constitución Política prescribe que los tratados celebrados por el Estado en vigor forman parte del derecho nacional. De acuerdo con lo antes expuesto, podemos decir que la constitucionalización del derecho procesal penal tiene su fuente en importantes tratados internacionales sobre derechos humanos como los siguientes:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Resolución Legislativa n.º 13282, del 9 de diciembre de 1959.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Decreto Ley n.º 22128, del 28 de marzo de 1978.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Decreto Ley n.º 22231, del 11 de julio de 1978.

La fortuna del proceso penal depende del equilibrio que alcancen los extremos en permanente tensión que atiende: la seguridad y la eficacia ante el delito para restablecer la paz y la tranquilidad, por un lado, y las garantías o los derechos fundamentales del inculcado, por el otro. Es vital y trascendente destacar cada una de las garantías procesales penales o escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático (Rodríguez, 2010, p. 3).

En ese sentido, el proceso no puede organizarse de cualquier manera, ya que reaccionar contra el delito y asegurar los intereses, la tranquilidad y la paz de los ciudadanos implica una obligación estatal que debe cumplirse eficazmente, sin desconocer los derechos fundamentales de los imputados, quienes pese a estar procesados no dejan de ser personas o carecer de dignidad. El proceso penal debe atender asuntos de trascendente envergadura recogidos no solo en leyes o normas ordinarias, sino pautadas en la Constitución (Rodríguez, 2010).

3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Nuestra Constitución Política, en el artículo 139, reconoce las garantías de la administración de justicia, las cuales deben ser observadas y respetadas a lo largo de todo proceso judicial, acorde con los principios de un debido proceso. Del mismo modo, nuestra carta magna contempla derechos fundamentales que asisten a todo ciudadano sometido a un proceso penal, como la presunción de inocencia, que constituye una garantía genérica —aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal (San Martín, 2003, p. 81)— reconocida en el artículo 2, numeral 24, literal e de la Constitución Política del Perú: «toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997) ha determinado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías

judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada (párr. 77).

La presunción de inocencia es considerada también un derecho porque es un atributo inherente de la persona sometida a un proceso; asimismo, es una garantía porque contiene mecanismos destinados al reconocimiento y la vigencia de ese derecho o atributo. Se considera, igualmente, un principio, porque sirve de guía para salvaguardar y garantizar los derechos de los individuos sometidos a un proceso.

En los tratados internacionales de derechos humanos, la presunción de inocencia se encuentra consagrada en el artículo 11, párrafo I, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al disponer que

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14, numeral 2, se reconoce el derecho de presunción de inocencia: «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley»; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8 se reconoce el derecho a las «garantías judiciales» del procesado, en el numeral 2 la presunción de inocencia señala que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

Mediante el principio de la presunción de inocencia se garantiza que ningún justiciable pueda ser condenado o declarado responsable de un acto antijurídico fundado en apreciaciones arbitrarias o subjetivas o en medios de prueba en cuya valoración existen dudas razonables sobre la culpabilidad del sancionado. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia,

de este modo, termina convirtiéndose en un límite al principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, puesto que dispone la exigencia de un mínimo de suficiencia probatoria para declarar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable (Tribunal Constitucional, 2004).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa (CIDH, 2004a, párr. 154).

4. DEFINICIONES DOCTRINARIAS

Julio Maier (2016), respecto de la presunción de inocencia, afirma que la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena (p. 490). La presunción de inocencia es una de las banderas de lucha de la reforma liberal al sistema inquisitivo (Maier, 2016, p. 491).

Alberto Binder (2004) añade que la situación básica del individuo es la de «no culpable» o libre, de modo que si en el juicio la culpabilidad no es construida con certeza aflora la situación básica de libertad (p. 124). No se trata de ningún beneficio a favor del imputado, sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado. Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, se trata simplemente de un concepto referencial que solo toma sentido cuando

existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. Cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí sí tiene sentido decir que es «inocente», porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales.

Tiedemann (2003) sobre la presunción de inocencia confirma que es la base del derecho penal moderno, que respeta al principio de la dignidad humana, considera al inculcado como persona humana, sujeto y portador de derechos individuales y no como simple objeto de la persecución penal (pp. 169-170).

César San Martín Castro señala que la presunción de inocencia no es técnicamente una presunción sino una verdad provisional, todo imputado ingresa al proceso con esa protección constitucionalmente garantizada. Es que la declaración de culpabilidad requiere de una actuación probatoria que cumpla con los estándares comúnmente aceptados de constitucionalidad, legalidad y racionalidad. El cumplimiento de esta garantía necesita, en tanto se le aprecie como regla de prueba, de una actuación probatoria respetuosa del contenido esencial de los derechos fundamentales, de la presencia de prueba de cargo, aportada por la acusación y de que el conjunto de la prueba objeto de valoración sea suficiente. La presunción de inocencia comprende la realización del hecho típico, grado del delito, forma de intervención en el hecho; no comprende los hechos excluyentes de la responsabilidad penal (circunstancias eximentes) y los hechos modificativos (circunstancias atenuantes), sin perjuicio de que el Tribunal pueda encontrarse ante un hecho incierto o ante una duda que debe resolver a favor del acusado.

Para Neyra Flores la presunción de inocencia, entendida como principio informador del proceso penal, implica que esta actúa como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal. En tal sentido, es un derecho fundamental que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* en todo lo que pueda

afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal. Por tanto, la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad.

5. MANIFESTACIONES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Siguiendo la perspectiva de un proceso penal constitucionalizado, el Título Preliminar del Código Procesal Penal asigna en su artículo II el principio de la presunción de inocencia:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme, debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

De esta redacción se pueden destacar las principales manifestaciones del principio de la presunción de inocencia.

5.1. EL TRATO INOCENTE

Solo a través del juicio previo y una sentencia condenatoria firme, debidamente motivada, se elimina la consideración y trato de inocente del imputado penal (artículo II, inciso 1 del Título Preliminar del CPP). Los órganos del Estado involucrados en la persecución penal deben respetar la condición básica de todo ciudadano, de persona libre e inocente.

«Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido» (artículo II, inciso 2 del Título Preliminar del CPP).

Una aparente contradicción con el derecho al trato inocente surge en lo dispuesto en el artículo 70 del Código Procesal Penal, cuando establece que «la policía podrá informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los imputados». Esta facultad conferida a la Policía Nacional, de hacer pública una investigación reservada y solo accesible a las partes del proceso en la fase investigativa, no garantiza el respeto del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la aparición de un investigado por un delito ante los medios de comunicación social lo convierte, ante la opinión pública, en probable autor de un hecho delictivo, lo cual daña su autoestima y su desarrollo en la sociedad.

5.2. LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE AL ACUSADOR

El tema de la carga de la prueba obedece a la pregunta ¿quién debe probar o más bien a quién interesa probar en juicio? Es decir, se busca determinar procesalmente sobre quién recaerá el peso de demostrar los hechos relevantes del litigio y, consecuentemente, los efectos jurídicos del cumplimiento o incumplimiento de tal tarea.

Se exige normativamente una suficiente actividad probatoria de cargo. De manera expresa señala la ley: «El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba» (artículo IV.1, del Título Preliminar del CPP). Como consecuencia necesaria del estado jurídico de inocencia surge esta imposición de que la carga de la prueba incumbe al persecutor penal, y le corresponde acreditar los hechos de la imputación; en caso contrario, el acusado debe ser absuelto.

Esto también tiene relación con los deberes que le asisten al persecutor de la acción penal de obrar bajo el principio de objetividad (art. IV.2 TP), recabar no solo las pruebas que acrediten la responsabilidad penal del imputado, sino las de inocencia (estas últimas deberán también ser presentadas en la fase investigativa por el imputado, que acreditarían alguna eximente de responsabilidad penal). Las pruebas de cargo son obtenidas desde el inicio de las diligencias preliminares (sospecha inicial de la comisión de un hecho delictivo) en la búsqueda de los actos de investigación urgentes e inaplazables, como allanamientos, interceptación de las comunicaciones, incautaciones, también cuando se formaliza la continuación de la investigación preparatoria —ante la existencia de indicios reveladores de la comisión de un hecho delictivo—. Estas no podrán repetirse salvo que sean ampliatorias para el mejor esclarecimiento de los hechos. En esta fase también se puede practicar prueba anticipada, todo esto hasta que concluya la etapa de la investigación preparatoria, a ello se le denominará actos de investigación. Lo señalado continúa en la etapa intermedia en la que el fiscal y la defensa del acusado —acá hablamos de suficiencia probatoria— ofrecen los medios probatorios para que sean admitidos y actuados en el juicio oral, etapa donde el juez unipersonal o del colegiado valorará las pruebas actuadas, bajo las reglas de la sana crítica —la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia—.

Solo en el evento de que el imputado y su defensa planteen una teoría del caso alternativa o aleguen la existencia de causales de justificación, exculpación o atenuación, le corresponderá justificar esas aseveraciones, ya sea a través de elementos de prueba propios o sirviéndose de aquellos que fueron aportados por la contraria (Cerde y Felices, 2010, p. 151).

En lo que corresponde a la concurrencia de una conducta típica, corresponde al fiscal probar que el comportamiento imputado acaeció y que se configuran cada uno de los elementos típicos, objetivos y subjetivos, con la particularidad de que constituye la demostración de los elementos subjetivos del tipo, especialmente en lo que dice en relación con el dolo, al no constituir un hecho

material, sino psíquico, que solo puede darse por acreditado a través del procedimiento inferencial. En la antijuridicidad, el criterio de normalidad nos indica que, en general, lo que es típico es a su vez antijurídico, debido a lo anterior se entiende que las causales de justificación deben ser acreditadas por quien las alega, vale decir, el defensor y el imputado. Otro tanto sucede en materia de culpabilidad, donde se pone de cargo de la defensa la prueba de la inimputabilidad por enajenación mental, en el caso de los adultos, del error de prohibición y del contexto situacional anormal (Cerdeña y Felices, 2010, p. 151).

5.3. LA PRUEBA INCULPATORIA DEBE SER LEGÍTIMAMENTE OBTENIDA

La vigencia y el respeto del estado jurídico de inocencia requiere que la prueba de cargo sea lícita, o sea que haya sido obtenida y actuada con las debidas garantías procesales (artículo II.1, parte final, del Título Preliminar del CPP). Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido conseguido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Por lo tanto, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio (artículo VIII del Título Preliminar del CPP). El juez decidirá acerca de la admisión de la prueba ofrecida por las partes mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley (artículo 155.2 CPP). No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos (artículo 157.3 CPP). Asimismo, el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (artículo 159 CPP).

La Constitución prohíbe el uso de violencia moral, psíquica o física, la tortura o los tratos inhumanos o humillantes, establece que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia y que los que la emplean incurrir en responsabilidad (artículo 2, inciso 24, literal h).

De este modo, la búsqueda de la verdad es un fin del procedimiento que no se puede conseguir a cualquier costo, optando axiológicamente por la exclusiva consideración de la prueba lícita y la exclusión de la prueba ilícita. No se trata, en todo caso, de una imposibilidad absoluta de afectación de derechos de las personas, pues toda investigación penal desarrollará actuaciones que vulneran garantías. Lo que se consagra es la llamada legalidad procesal, en cuya virtud, si resulta indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado (artículo 202 CPP). Las medidas que disponga la autoridad deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida en que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el juez y el requerimiento del Ministerio Público deben ser motivados (artículo 203, inciso 1, CPP).

La legalidad o licitud de la prueba de cargo es una de las manifestaciones más relevantes del estado jurídico de inocencia. Axiológicamente, los valores del Estado democrático de derecho imponen a los órganos estatales involucrados en la persecución y el juzgamiento penal la obligación de respetar y promover la vigencia de los derechos de las personas, especialmente del imputado y de la víctima. En consecuencia, está prohibida la obtención irregular de medios de prueba y su posterior utilización en el procedimiento; es lo que se denomina legalidad de la prueba, como condición para la valoración lícita de esta, que es la única forma de vencer válidamente la presunción de inocencia.

De acuerdo con este principio, los actos de investigación y los elementos de prueba solo se podrán utilizar (durante la etapa de la investigación preparatoria) y tendrán valor probatorio (en

la etapa de juzgamiento) si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso en forma legal. En consecuencia, será ineficaz la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas.

Al sistema procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen las fuentes de información y los elementos de prueba, ya que es la actividad del Estado dirigida a esta finalidad la que crea mayores riesgos para el respeto de los derechos fundamentales. Si bien la averiguación de la verdad es un objetivo del procedimiento, ella no debe buscarse sin límites ni a cualquier precio.

Para la CIDH (2004b) el estándar exige la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos. Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, con más razón no se puede condenar si obra en contra de ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos (párr. 129.2b).

Como existen límites éticos que se oponen a la actividad de persecución penal, cada vez que en esta labor, a través de los actos de investigación, se afecten garantías fundamentales, la prueba así obtenida debe ser declarada como «ilícita», operando la regla de inutilizabilidad o de exclusión del elemento probatorio, según corresponda.

La inutilizabilidad y la exclusión probatoria actúan, entonces, como garantías procesales que protegen y dan vigencia al estado jurídico de inocencia y al juzgamiento en un contexto de debido proceso.

La obtención de información por parte de los agentes de persecución con vulneración de garantías fundamentales afecta el debido proceso y su utilización en el procedimiento infringe el estado jurídico de inocencia, condición de libertad que solo puede ser vencida con prueba lícita.

En momentos preliminares de la investigación, la información proveniente de actos investigativos así viciados no se puede pretender utilizar para fundar medidas cautelares personales, entre ellas la prisión preventiva, o también para sustentar una autorización judicial de medidas de investigación intrusivas. En tal caso, la defensa puede plantear una tutela de derechos solicitando la exclusión de ese acto de investigación [Acuerdo Plenario n.º 04-2010-CJ-116, el juez de la investigación preparatoria determina desde instancia de las partes la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en el art. 71 del CPP y realiza un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva, reparadora o protectora], desde el momento en que se inicia la investigación preliminar hasta antes de que concluya la etapa de investigación preparatoria. También puede solicitar la inutilizabilidad de tal evidencia, conforme lo ordena el artículo 159 del CPP, precepto situado en la regulación de la prueba durante el período de investigación; o, en todo caso, solicitar la exclusión de ese acto de prueba ofrecido por el fiscal en la etapa intermedia, donde las partes podrán debatir acerca de la admisibilidad de los elementos de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, cuando se estime que estos fueron obtenidos con vulneración de garantías fundamentales. En este caso, podemos hablar propiamente de la regla de exclusión o inadmisibilidad de la prueba ilícita, pues de lo que se trata es de impedir que la prueba ofrecida sea admitida y, posteriormente, rendida en juicio (artículos VIII del título preliminar y 155.2 CPP).

La prueba prohibida se encuentra establecida expresamente por la ley. En este caso, la prueba es ilícita porque la ley así lo estipula o lo señala, y prohíbe al órgano jurisdiccional admitirla o valorarla como elemento probatorio. Y si bien no existe una ley expresa o disposición legal que precise el carácter de ilícito de esta, prohíbe su admisión o valoración, desde el hecho de que la Constitución señala cuáles son los derechos fundamentales y los principios constitucionales por los que se rige un proceso, la sola vulneración de estos ocasiona la ilicitud de la prueba. Por ejemplo,

el artículo 2, inciso 24, letra h de la carta fundamental señala que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, sea esta moral, física o psíquica.

5.4. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY A FAVOR DEL IMPUTADO O *IN DUBIO PRO REO*

De acuerdo con el artículo 139.11 de la Constitución Política, es principio de la función jurisdiccional la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. Idea que es reiterada en la ley procesal penal al señalar que «en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado» (artículo II, inciso 1, del título preliminar del CPP).

Las leyes procesales aludidas, relativas a derechos individuales que sean más favorables al imputado, expedidas con posterioridad a la actuación procesal, se aplican retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos si fuera posible (artículo VII, inciso 2, del título preliminar del CPP).

En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable, debe optarse por lo más favorable al reo (artículo VII, inciso 4, del título preliminar del CPP).

En el Recurso de Nulidad n.º 1224-2017 se hace mención de que tanto la presunción de inocencia como la favorabilidad por duda (*in dubio pro reo*) inciden en la valoración probatoria del juez ordinario. En el caso de la presunción de inocencia, bajo una perspectiva objetiva, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada y se mantiene incólume; y en el caso del *in dubio pro reo*, bajo una perspectiva subjetiva, supone que la actuación probatoria no ha sido suficiente para despejar la duda respecto a la responsabilidad atribuida.

De lo antes expuesto, puedo afirmar que solo es posible aplicar el principio del *in dubio pro reo* luego de haberse realizado la actividad probatoria en el juicio oral, público y contradictorio,

mas no en la fase investigativa, como sí ocurre con el principio de presunción de inocencia, cuya protección comprende todas las etapas del proceso penal. Así, señala Binder (2004), el principio del *in dubio pro reo* aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia (p. 127).

5.5. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL USO DE LOS MECANISMOS DE COERCIÓN PROCESAL

El estado jurídico de inocencia conlleva la regla general de juzgamiento en libertad del imputado penal y la excepcionalidad de las medidas que coarten dicha prerrogativa. De acuerdo con el artículo 2.24, letra b, de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, en consecuencia: no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.

Lo anterior es reflejo de la consideración y trato de inocente, de modo que las medidas de coerción procesal sobre el imputado penal deben ser aplicadas en los casos que la ley señale, por el órgano judicial, del modo, la forma y con las garantías previstos por la ley; a través de resolución motivada y a instancia de parte legitimada, con respeto del principio de proporcionalidad (artículo VI del título preliminar del CPP). Además, en general, cuando el fiscal requiera la imposición de medidas coercitivas respecto del imputado deberá previamente formalizar la investigación (artículo 338, inciso 4, CPP).

La normas que limiten la libertad personal deben interpretarse restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos (artículo VII, inciso 3, del título preliminar del CPP).

Según la Corte Interamericana (1997), desde la presunción de inocencia

se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (párr. 77).

El mismo tribunal añade que la prisión preventiva no puede ser la regla general, porque

se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a aquellas personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos (CIDH, 1997, párr. 77).

Asencio Mellado (2010) apunta que la prisión provisional, en tanto medida estrictamente cautelar y limitativa de derechos ha de supeditarse a la verificación de determinados principios, consustanciales e irrenunciables que, lejos de ser teóricos, trascienden y afectan a la regulación concreta que se haga de la restricción de libertad. Estos principios son los de legalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad y proporcionalidad (p. 2).

El artículo 253 y siguientes del CPP contienen los principios generales que sustentan las medidas de coerción procesal de carácter personal, entre ellas: la detención preliminar [se requieren razones plausibles], la prisión preventiva [se requiere la sospecha grave, y el peligrosismo procesal], el impedimento de salida, entre otros. Estos principios son los siguientes:

a) El principio de legalidad. Solo mediante ley y con las condiciones que cada ordenamiento exija, pueden ser limitados los derechos fundamentales. A su vez las leyes que se dirijan a este fin, y en tanto los derechos constitucionalmente declarados son directamente aplicables sin limitación alguna, pues la Constitución es la ley suprema. Solamente son admisibles aquellas

restricciones que la ley dispone de modo expreso, no otras. Toda limitación debe estar prevista normativamente de manera expresa y sin incorporar cláusulas abiertas que autoricen *de facto* cualquier tipo de restricción legalmente indeterminada, es imposible cualquier tipo de interpretación restrictiva (Asencio, 2010, p. 3). En ese sentido, el Código Procesal Penal expresa que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a derechos humanos ratificados por el Perú únicamente podrán ser restringidos en el marco del proceso penal, si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella (artículo 253, incisos 1 y 2, CPP).

b) El principio de proporcionalidad. La proporcionalidad constituye un requisito sustancial en la limitación de los derechos fundamentales, razón por la que también es reclamable en materia de prisión preventiva al afectar directamente a la libertad de movimientos. En la Casación n.º 626-2013 Moquegua, el Tribunal Supremo ha incorporado el principio de proporcionalidad como un requisito obligatorio que el juez debe fundamentar al momento de dictar una medida cautelar de privación de la libertad personal. Para ello tendrá que aplicar los subprincipios que subyacen a él, el test de idoneidad (consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Se trata del análisis de una relación medio-fin STC n.º 0045-2004-AI), test de necesidad (busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad) y proporcionalidad propiamente dicha (ponderación).

c) El principio de jurisdiccionalidad. La prisión preventiva, así como el resto de medidas cautelares penales, a excepción de la detención policial o el arresto ciudadano, siempre provisionales, deben ser acordadas por una autoridad judicial, al entrañar una limitación de derechos fundamentales. Nunca, pues, ni siquiera preventivamente, pueden el fiscal o la policía acordar una medida o medidas tan graves para la libertad del imputado. Tal como lo disponen los artículos 254.1 y 255 del CPP (Asencio, 2010, p. 13). Expresa Asencio Mellado que cualquier agravación

de la situación personal del imputado, provenga de la aparición de razones que la pudieran justificar o del cumplimiento de las condiciones o del régimen de cumplimiento de una medida anteriormente impuesta, exige la petición expresa del fiscal. Si esta solicitud no se produce, el juez estará imposibilitado para acordarla de oficio. Ni siquiera puede decretarla de modo provisional en casos de urgencia. Así la infracción de las restricciones del artículo 288 nunca habilitará al juez a decretar de oficio la prisión preventiva, ya que el artículo 279 la supedita a la previa petición del fiscal, al igual que el artículo 287.3 del CPP. Asimismo, agrega que, por el contrario, sí podrá el juez, de oficio, adoptar medidas menos gravosas que las solicitadas por el fiscal, reformar o sustituir las decretadas por otras menos intensas, ya que esta conducta forma parte de sus competencias garantizadoras de los derechos del imputado. Esto se deduce de lo dispuesto en el artículo 286, que autoriza al juez a decretar la comparecencia simple si considera improcedente la prisión preventiva solicitada, norma también aplicable a los casos en que se pida la comparecencia con restricciones.

d) El principio de la provisionalidad. Al respecto, siguiendo la línea de pensamiento de Asencio Mellado (2010, p. 16), la prisión preventiva debe limitarse de manera temporal con el fin de evitar que llegue a confundirse, materialmente, con la pena que en su momento y eventualmente se imponga al acusado. En ese sentido, a mayor duración del proceso y de la prisión provisional, mayor es la afectación de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia. Al principio de provisionalidad le sigue la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta viene a consagrar la necesidad de reforma de las medidas cautelares cuando se alteren las circunstancias tomadas en consideración para su adopción, tal como lo disponen los artículos 255, inciso 2, y 283 CPP. Por su parte, el fiscal podrá pedir la modificatoria agravatoria de las medidas impuestas, el juez podrá acordarlas tras la verificación de su necesidad, de las condiciones legales y de las razones que justifican el incumplimiento de las ya acordadas o de las nuevamente solicitadas (artículos 276, 279, 287 y 291). Este principio,

a su vez, tiene estrecha vinculación con la duración limitada de las medidas coercitivas personales, toda vez que el juez, al decretar la respectiva medida, debe fijar su término de duración. En el caso de la prisión preventiva, no puede exceder de nueve o dieciocho meses, y en el impedimento de salida no puede exceder de cuatro meses, puede prolongarse por otro plazo igual (artículos 254, inciso 2, letra c; 272; 273; 274; 296, inciso 2; 299 CPP).

e) El principio de excepcionalidad. Como consecuencia de los derechos que asisten al imputado a lo largo de la tramitación del proceso y, especialmente, el que consagra la presunción de inocencia, la libertad ha de ser la regla, el inculpado debe permanecer en esta situación de forma ordinaria. Solo de manera excepcional y cuando sea estrictamente necesario y no puedan alcanzarse los fines propuestos mediante otras disposiciones menos intensas, podrá acordarse la limitación de libertad en que toda prisión preventiva se traduce (artículo 268 del CPP). El Código Procesal Penal reconoce otras medidas coercitivas personales menos gravosas, como son la comparecencia restringida (artículos 287, 288 CPP); la comparecencia simple (artículo 286 CPP); el impedimento de salida, que se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad (artículo 295 CPP); la detención domiciliaria, que es una medida sustitutiva acordada cuando, por razones humanitarias, es conveniente establecer un régimen de privación de libertad más apropiado a las condiciones objetivas o subjetivas del imputado (Asencio, 2020, p. 11) (artículo 290 CPP); la caución, solo es posible su exigencia cuando concurren los presupuestos que condicionan la adopción de la comparecencia con restricciones, no en el resto de casos (artículo 289 CPP).

f) Además las medidas coercitivas personales obedecen al **principio de instrumentalidad**, dado que buscan la consecución de específicas finalidades procesales, esto es, el esclarecimiento de los hechos y la efectiva actuación de la ley penal en su caso (artículos 269 y 270 CPP).

6. CONCLUSIONES

6.1. La presunción de inocencia constituye una directriz fundamental de todo sistema procesal penal que se inserte en un Estado democrático de derecho, emana de la consideración de la dignidad de la persona humana, es considerada una garantía-derecho-principio del sistema penal acusatorio.

6.2. La presunción de inocencia se encuentra reconocida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú (artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14.2 del PIDCP, artículo 8.2 de la CADH).

6.3. La presunción de inocencia es un derecho fundamental considerado en la Constitución Política del Perú (artículo 2.24.e).

6.4. La presunción de inocencia es un principio que el Código Procesal Penal reconoce en el Título Preliminar (artículos II, VI, VII y VIII) como uno de los pilares de un proceso justo.

6.5. La presunción de inocencia presenta manifestaciones que garantizan el desarrollo de un proceso justo, como son el trato de inocente, la carga de la prueba corresponde al acusador, la prueba inculpatoria debe ser legítimamente obtenida, el *in dubio pro reo*.

6.6. La carga de la prueba le corresponde al acusador, pero la probanza de causales de justificación, exculpación o atenuación le competen al acusado.

6.7. Puede solicitarse la expulsión de la prueba ilegítimamente obtenida desde el inicio del proceso penal —etapa de investigación preparatoria—, a través de una tutela de derechos, y no esperar que esta se realice en la etapa intermedia.

6.8. La presunción de inocencia supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada y se mantiene incólume. En el caso del *in dubio pro reo*, implica que la actuación probatoria no ha sido suficiente para despejar la duda respecto a la responsabilidad atribuida.

6.9. Solo es posible aplicar el principio del *in dubio pro reo* luego de haberse realizado la actividad probatoria en el juicio oral, público y contradictorio, mas no en la fase investigativa, como sí ocurre con el principio de presunción de inocencia cuya protección comprende todas las etapas del proceso penal.

6.10. El sistema penal acusatorio afianza la aplicación de los principios generales que sustentan todas las medidas de coerción personal, tales como el principio de legalidad, que solo deberán ser impuestas si se encuentran establecidas en la ley; el principio de jurisdiccionalidad, cuyas medidas solo deben ser impuestas por el órgano jurisdiccional, salvo la detención policial en flagrancia delictiva y el arresto ciudadano; el principio de proporcionalidad, es una exigencia justificarlo; el principio de provisionalidad, en cualquier momento puede cesar la medida; el principio de excepcionalidad, la regla es la libertad, la excepción es la restricción de la libertad personal.

REFERENCIAS

- Asencio, J. M. (2010, setiembre). La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. [Material de la Academia de la Magistratura. Programa de capacitación para el ascenso].
- Baumann, J. (1989). *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Depalma.
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho procesal penal* (2.^a ed. actualizada y ampliada). Ad-Hoc.
- Cerda, R. y Felices, M. E. (2010). *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Grijley.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1997). Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2004a). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2004b). Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).
- De la Oliva, A., Aragonese, S., Hinojosa, R., Muerza, J. y Tomé, J. A. (1993). *Derecho procesal penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Maier, J. (2016). *Derecho procesal penal* (t. 1). Ad-Hoc.
- San Martín, C. (2003). *Derecho procesal penal* (vol. 1). Grijley.
- Rodríguez, M. (2010). La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal. En *Manual de la Academia de la Magistratura*.
- Tiedemann, K. (2003). *Constitución y derecho penal*. Palestra Editores.
- Tribunal Constitucional (2004). Expediente n.º 1172-2003-HC/TC. Caso María Elvira Teresa Huaco Huaco. Lima: 9 de enero de 2004.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4647

EL CUMPLIMIENTO DEL FIN CONSTITUCIONAL DE LA PENA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO. ¿UTOPIA O REALIDAD?

The compliance with the constitutional purpose
of punishment in the Peruvian prison system.
Utopia or reality?

NANCY NOEMÍ GUERRERO MUÑOZ

Filiación institucional
(Piura, Perú)

Contacto: naomi1421@yahoo.com
<https://orcid.org/0000-0002-1987-8935>

RESUMEN

El Estado de derecho se erige sobre un conjunto razonado de valores y principios que se amparan en torno a un principio supremo: la dignidad de la persona. Con ello se debe entender que la persona como ente complejo nunca puede perder el valor de la dignidad, y toda institución que regule la vida de las personas debe salvaguardar este valor. La pena no es la excepción, pues su aplicación no debe ser eximente del tratamiento digno del reo y por ello su fin supremo es justamente la reinserción a la sociedad de aquel que ha quebrantado el *statu quo* legal. El presente

artículo no solo realizará un recuento exhaustivo histórico de la pena y el tratamiento en el Perú, sino que confrontará, a la luz de las cifras, qué tan efectivo es el sistema peruano para lograr aquello que es obligación según nuestro ordenamiento constitucional: garantizar la reinserción y la resocialización del interno.

Palabras clave: pena; prevención; reinserción; tratamiento penitenciario; derechos humanos; dignidad humana.

ABSTRACT

The rule of law is built on a reasoned set of values and principles that are protected around a supreme principle: the dignity of the person, with this it must be understood that the person as a complex entity can never lose the value of dignity and any institution that regulates people's lives must safeguard this value. The penalty is not the exception, since its application should not exempt the defendant from worthy treatment and therefore its supreme purpose is precisely the reintegration into society of the person who has broken the legal status quo. This article will not only carry out an exhaustive historical account of the precedent and treatment in Peru, but will also confront in the light of the figures. In other words, how effective the Peruvian system is in achieving, and what is an obligation according to our constitutional order: guarantee reintegration and resocialization of the inmate.

Key words: punishment; prevention; reintegration; prison treatment; human rights; human dignity.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

La pena, como tal, durante mucho tiempo en el devenir del tránsito histórico ha variado su concepción, desde una forma de incoar el mal a quien había cometido una infracción penal o moral, hasta ser considerada actualmente como un método de reinserción social, operativizado mediante lo que se conoce como tratamiento penitenciario.

En lo particular, para el derecho penitenciario peruano, en virtud de los mandatos constitucionales, queda claro que el fin de la pena es la prevención general positiva y la prevención especial positiva, pero en realidad el objetivo del presente trabajo es contrastar la norma con la realidad objetiva, los mandatos del legislador, con lo que se vive día a día en torno al tratamiento penitenciario de los internos. Estos, al igual que todo ciudadano, gozan del derecho esencial de la dignidad humana, principio básico sobre el que construiré una comparación que servirá para determinar si en realidad el fin de la pena que está constitucionalmente previsto se cumple mediante la activación de los programas y los elementos del tratamiento penitenciario descrito tanto en el Código de Ejecución Penal como en su reglamento.

Además, queda claro que para ello se entablará un análisis en torno a las instituciones que componen el tratamiento penitenciario, y que deberían coadyuvar al desarrollo de los derechos humanos del interno.

2. LA PENA: CONFIGURACIONES GENERALES Y CONCEPCIÓN EN EL DERECHO PERUANO

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FIN DE LA PENA

Hemos escuchado en reiteradas oportunidades la frase «Ojo por ojo, diente por diente», conocida como la «ley del talión», y de la misma manera, suele atribuirse su origen a los mandatos perennizados en roca de la civilización mesopotámica; empero,

en tiempos mucho más antiguos a la citada civilización, existía ya este tipo de adagios normativos, en específico desde la Edad de Piedra, por lo que la historia de la penalización de conductas, por considerar que atentaban contra una esfera inviolable del ser humano, deviene desde tiempos neolíticos, anteriores a la conocida Edad de los Metales.

Es en esta última edad citada cuando, en el episodio de la Edad de Bronce, las civilizaciones egipcia, hindú y hebrea empezaron a sostener sanciones basadas en la voluntad del ser que en tierra representaba lo divino, sino recurramos al conocido «Libro de Menfis», en la cultura que floreció a la orilla del Nilo, o los vestigios hallados en la tumba del faraón Pejmaré. Y recién de ahí, hacia el 1792-1752 a. C., podemos trasladarnos a las laderas de los ríos Éufrates y Tigris, donde el pueblo sumerio dio vida a la gran civilización mesopotámica, y en donde hacia 1792 a. C. la I dinastía de Babilonia gobernó dichos territorios, en específico Hammurabi. Es con este personaje y su obra que inicia de manera formal, para muchos, la historia del derecho penal, en específico de la legislación positiva, ese positivismo que años después sería defendido por Kelsen, en su teoría pura del derecho.

En lo que concierne al tema de la penalización y la concepción del sistema de penas, tenemos que decir que esta recopilación de 282 normas esculpidas en una roca por los maestros sumerios contemplaba no solo normas de carácter penal; empero, sí consideraba sanciones que iban desde el pago de una multa hasta la imposición de medidas como la mutilación de miembros, y la muerte, cuando el agresor tenía una categoría social mayor que el agredido. Por lo que vemos que este cuerpo normativo, que hoy reposa en París, en el famoso Museo del Louvre desde inicios del siglo XX, es el punto configurativo positivo de creación de la multa, del castigo físico como método retributivo, y la pena de muerte, con el objetivo de equilibrar la balanza del daño, mediante la aplicación del mal que se había provocado, una clara señal de la pena en su sentido retributivo, sistema que será analizado posteriormente con detenimiento.

Cerca de los dominios babilónicos reposaba la civilización hindú, que con el libro de los Vedas y los textos legales que florecieron, denominados «dharmas», permitía al rey sancionar conductas como los robos de animales y los homicidios, con pena de muerte, multas en razón de lo robado y mutilaciones de miembros del cuerpo.

Podemos decir entonces que lo que inició como manifestación del derecho de la costumbre se fue positivando en cuerpos normativos que otorgaban facultades de sanción, y la gradualidad de estas, por lo que encontramos aquí el nacimiento incluso de los principios de proporcionalidad y legalidad.

Con la llegada de la Edad Media, y sus manifestaciones políticas y económicas como el feudalismo, se implantó en las sociedades feudales un mecanismo de sanciones a las conductas reprochables, en razón de la voluntad del señor feudal, quien era el que estimaba qué conducta se consideraba pasible de sanción. Es así que se reemplazó el principio de legalidad por el códex de voluntad del príncipe. Las sanciones que eran decididas también por el mismo que determinaba la conducta tenían como objetivo conseguir el respeto continuo de la población del feudo. Por ello se manifestaban de manera pública, con alto sufrimiento del condenado, sin importar principios como el de la dignidad, que en ese entonces brillaba por su ausencia; así, los castigos corporales crueles predominaron en esta época, incluso las descuartizaciones públicas y la horca. Añadido a ello, tenemos que es en este período donde inicia la Santa Inquisición como método para sancionar la herejía por parte de la Iglesia católica, en el contexto de estados teocráticos, que actuaban por «mandato divino».

Los estados modernos, al inicio, no hicieron más que repetir las ideas de divinidad y de reproducción de castigos crueles para avalar sistemas políticos como el absolutismo. Por este motivo las normas penales, en razón de la tipicidad de los delitos y las penas, eran trasladadas a la voluntad del monarca, incluso algunos de ellos llegaban mencionar «La ley soy yo». Situaciones de esta naturaleza llevaron a que se propagara el movimiento de la

Ilustración, que mantenía como principios aquellos que terminaron inspirando la mayor de las revoluciones de la historia universal. Es aquí donde grandes doctrinarios de la ciencia política moderna como Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Maquiavelo, en cita enérgica filosófica de los grandes clásicos griegos, concebirían, cada quien desde su punto de vista, la teoría del contractualismo, como eje creador justificante del Estado.

El contractualismo, entonces, es enfocado por ejemplo por Hobbes en el Leviatán, como el monopolizador de la violencia que los hombres poseían en su estado natural, y que al ejercer el *ius imperium* era quien podía crear un ambiente de paz; o por Locke, que discrepaba en extrapolación con Hobbes, pues consideraba que el hombre en su estado natural era libre y bueno, pero que creó al Estado como un eje de seguridad jurídica para uno de sus bienes más preciados, que no era ni la vida, ni la integridad, sino la propiedad; o, por último, y no menos importante, Rousseau, que consideraba que el contrato social devenía del acuerdo de hombres que pese a su estado natural de ser libres, se encontraban inseguros porque no había un orden.

Por tanto el Estado es una estructura social que surge del consenso, para el cuidado de los derechos del hombre, y que actúa bajo principios como la igualdad, la equidad y la fraternidad, estos últimos, lema de la Revolución francesa de 1789, que ve nacer la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la cual se asocia al sistema de penalización de conductas, con el atentado a los derechos del hombre, a esos bienes indispensables para la vida y la convivencia. Por ende, la sanción no se vio más como una retribución del mal, sino como un modo de prevenir futuras acciones vulneradoras de esos derechos civiles y políticos que se acababan de recuperar luego de milenios de marginación.

2.2. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO PERUANO

Siempre será de interés pleno analizar a las instituciones jurídicas en el contexto histórico propio, ello porque también existen

métodos hermenéuticos de interpretación como el histórico, que exige el conocimiento de la institución en su línea evolutiva propia.

El Perú, desde su estado precolombino, se desarrolló de manera propia y autónoma, encontramos que la estructura en el Imperio inca se basaba en la práctica del derecho consuetudinario, pues no existía un códex establecido taxativamente, más allá de meras indicaciones o disposiciones, pero que al final del día le otorgaban al inca la obligación de ser el ente regulador del derecho, que también ordenaba la ejecución de penas, que llegaban incluso hasta la muerte.

Lo curioso del sistema inca era que la violación de la ley, transmitida en su mayoría de manera tradicional, no solo era faltar el respeto al soberano hijo del Sol, sino también cometer un sacrilegio a las divinidades directamente. Es por ello que las mínimas conductas que hoy podríamos dejar pasar por alto, en ese entonces eran castigadas con la muerte. De las crónicas y los escritos incluso del propio Inca Garcilaso de la Vega, tenemos que incas como Manco Cápac castigaban a los adúlteros con la pena capital, mientras que Mayta Cápac sancionaba así a los sodomitas, es decir, a los homosexuales.

Según lo que han expresado numerosos cronistas como Guamán Poma de Ayala (1993), o el mismo Pedro Cieza de León (1986), e historiadores como Jorge Basadre, el incesto, la conspiración, la holgazanería y el alcoholismo recurrente eran castigados con la muerte. Además, existía la figura de la presunción de la culpabilidad en la reincidencia, lo que te hacía acreedor de la pena capital.

Con la llegada de los colonizadores no solo se exportaron instituciones gramaticales como el idioma o el alfabeto, o expresiones artísticas, religiosas y culturales, sino que también se impuso el sistema jurídico de esta época. Ahora bien, era 1532 cuando inició el proceso de conquista; y si hacemos un símil con lo estudiado en la primera parte, en España de esa época aún existía un sistema monárquico, sobre la base de creencias teocráticas, con altas penas que se basaban en la expresión de la voluntad de los

reyes. A pesar de que muchas veces estas eran versadas en escritos, no dejaba de ser la voluntad de la corona la que quedaba sellada.

Escritos como el Fuero Real, la Nueva Recopilación y las Siete Partidas, así como las leyes de Indias, fueron aplicados al derecho peruano colonial, en donde la iglesia fungía también de ente administrador de justicia bajo los sistemas de expiación de la Santa Inquisición. Estas modalidades verían su fin cuando las corrientes independentistas se vieron influenciadas por las ideas de Rousseau y de Montesquieu, tanto como las José de San Martín, Simón Bolívar y los precursores de la independencia, que hacían ya su aparición a inicios del siglo XIX.

El modelo de la colonia prosiguió, pero de manera mucho más leve durante los primeros años de la república. Incluso hacia 1828, uno de los grandes intelectuales y juristas de la época, Manuel Lorenzo de Vidaurre, presentaría un proyecto de Código Penal con influencia francesa e inglesa, pero este no fue tomado en cuenta. Asimismo, hacia 1836 se dispuso la utilización del Código Penal Boliviano, ello gracias a que Santa Cruz forjó la Confederación Perú-Boliviana; empero este resultó un fracaso, por lo que se volvió a las antiguas leyes y sanciones coloniales. Luego de ello nace el primer Código Penal en el Perú, en 1863, que fue una aliteración de lo que era el Código Penal Español de esa época, y que en sus artículos 23 al 86 regulaba de manera estricta el control de las penas, incluso por adulterio.

No fue hasta 1871, cuando se nombró a una primera comisión para redactar lo que sería nuestro propio Código Penal, que se iniciaron los esfuerzos por estructurar un sistema que respondiera a la naciente crisis de la época basada en constantes golpes de Estado e interregnos propagados por la gran variedad de cambios constitucionales. Así, pues, diversas comisiones como la de 1873, 1877 y 1900 desfilaron por la Casa de Pizarro en busca de una respuesta a semejante conflicto jurídico. En 1919, cuando se inicia el Oncenio, se aprueba el Código de Procedimientos Penales, y se ordena un estudio para un nuevo código sustantivo,

ello en función de una comisión que se crea con la Ley n.º 2101, y que en 1924 se termina publicando, para luego ser el de 1991 el último Código Penal aprobado, bajo el cual nos regulamos hoy en día. Código que en su par adjetivo publicado en el 2010 concreta un sistema procesal penal, de un fin preventivo de la pena, similar a sus pares de 1924, con lo que demuestra el giro conceptual de los sistemas procesales en nuestro país, incluso desde sus orígenes, lo que significa un giro total, que responde hoy a una exigencia también de carácter internacional.

2.3. EL CONCEPTO DE PENA Y LAS TEORÍAS DE LA PENA

Nuestro punto de partida primigenio para el análisis del tema en discusión es, sin duda, el derecho penal mismo, ese mecanismo de control social formal, que nace producto de la evolución de la conceptualización de la administración de justicia. A pesar de que desde la fase de venganza privada, en las antiguas civilizaciones, se apreciaba la punibilidad de determinadas conductas, se puede hablar recién de derecho penal propiamente dicho cuando la idea de «Estado» se conecta en la sociedad, y le otorga a este, el ente público, la denominada por Hobbes «monopolización de la violencia». Esta última es la facultad de ejercer el *ius puniendi*, para básicamente construir dos abstracciones básicas mediante la norma jurídica: en primer lugar, determinar las conductas punibles que atenten contra aquellos intereses superiores del hombre, conocidos como «bienes jurídicos»; y, en segundo lugar, determinar las consecuencias jurídicas de la ejecución de las conductas prohibidas, a las cuales, en el marco del derecho penal, se les ha tenido a bien denominar: las penas (Mir Puig, 1976).

Entonces, podemos decir, como una primera idea marcada en este ítem, que la pena es el producto de la aplicación del poder estatal para determinar consecuencias jurídicas ante la comisión de conductas que infringen intereses jurídicos. La pena en sí misma se define como una consecuencia de la norma jurídica penal. De todo ello se aprecia que la definición puede resultar muy básica, pero no existe discusión en la doctrina sobre este

punto. Es más, existe de manera unívoca en el campo de la dogmática la apreciación de la pena como una consecuencia de la ejecución del supuesto de hecho que tiene como operador deóntico una «prohibición» (Burgoa, 2011).

El gran problema que existe dentro del campo de los conceptos es la finalidad que persigue la pena, y acorde con ello, durante la historia se ha tratado de complementar su definición, a partir de su origen y su finalidad. Desde la antigüedad, donde se veía como una forma de castigo bajo el amparo de la «ley del talión», hasta nuestros tiempos contemporáneos, en donde las teorías de preponderancia de los derechos humanos y el concepto de dignidad han impulsado que la pena se vea como una forma de reinserción a la sociedad, con miras a la corrección de la conducta, por ser un mal en sí mismo para la persona.

Dentro de la misma línea, advertimos que la pena es considerada como un instrumento estatal para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que, en virtud de los fines de este, podemos develar los fines de la pena (Reyna, 2004).

2.3.1. Teoría absoluta

Se les conoce como teorías absolutas, porque en ellas la pena encuentra una justificación dentro de sí, no se ve como un medio, sino como un fin intrínseco. Así pues, reciben el nombre de absolutas porque no dependen directamente de las consecuencias en sociedad que puedan tener (Durán, 2011, pp. 123-144). Es preciso mencionar que las teorías absolutas son aquellas que aparecen primero en la sociedad como justificación de la aplicación de la pena, en especial, en las sociedades antiguas, que, sin carga explicativa filosófica, ya ponían en práctica un sistema cuyas bases recaen en la famosa «ley del talión». Dentro de esta teoría absoluta tenemos al retribucionismo en su vertiente kantiana o hegeliana, que a pesar de ser dos corrientes cuyas bases difieren en extrapolo, llegan a la misma conclusión.

2.3.1.1. Teoría retributiva

Durante la Edad Media, en específico durante el apogeo de la idea del origen divino de los gobernantes, la imposición de penas basadas en la retribución del mal cobró importancia incluso como método de castigo ante la herejía y el pecado; empero, con la caída del régimen monárquico absolutista francés gracias a la conocida Revolución francesa en 1789, se acentuó con mucha más fuerza el uso del «ojo por ojo, diente por diente», como manifestación del contrato social y el *imperium* del Estado para salvaguardar el orden dentro de la sociedad.

Custodio Vegas, que comenta lo expresado por Jescheck y Weigend, nos expresa que las bases de la teoría retributiva descansan en tres variables imprescindibles:

- a) La necesidad de un ente público. El Estado, que tenga la potestad de ejercer su *imperium* para la imposición de penas a quienes infrinjan los supuestos de hecho de la norma penal.
- b) La concurrencia de la culpabilidad que contemple la posibilidad de determinar el nivel de agravio a los bienes jurídicos; es este un elemento imprescindible, al menos desde el campo de la teoría.
- c) Y el elemento característico, que exista proporcionalidad entre el nivel de culpabilidad y el nivel de la pena que se imponga (Custodio, 2016, pp. 44-52).

Tenemos, por tanto, que estos tres factores son los que caracterizan a esta corriente, que ha predominado en la mayor parte de la historia de la humanidad y de la historia del derecho penal mismo. Pero, además de todo lo descrito, es necesario recalcar que la teoría retribucionista también encuentra dentro de sí varias acepciones diferentes dependiendo de la justificación al uso del talión como regla general en el marco de la punibilidad. Así, existe una justificación de origen religioso, liderada por Santo Tomás de Aquino y San Agustín, durante la Edad Media; una justificación de carácter moralista, liderada por Immanuel

Kant; y, por último, una de tinte netamente jurídico, impulsada por el alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

2.3.2. Teoría relativa

En antítesis a las teorías absolutas, que contemplaban a la pena como un fin en sí mismo, aparecen las teorías denominadas relativas, porque enfocan la finalidad de la pena con situaciones externas, es decir, conciben a la pena como un medio. Dentro de esta corriente se puede distinguir a las corrientes preventivas, que auguran la pena como un medio para prevenir futuras conductas. Ahora bien, dependiendo del alcance podremos hablar de prevención general o especial, y dependiendo de la manera en la que se desea lograr este fin, podemos hablar de prevención positiva o prevención negativa (Rodríguez, 2019, pp. 219-232).

2.3.2.1. Prevención general

Platón (1910) en uno de sus diálogos escritos durante su juventud, el conocido *Protágoras*, sembraría los primeros indicios de esta teoría de la prevención general, pues señala la importancia de concebir a la sanción ante un acto, como una acción que repercute en el futuro, concibiendo a la pena desde ya como un medio para obtener tranquilidad futura.

Según el concepto primario de la prevención general, esta se debe entender como aquella que resguarda una prevención a todos los miembros de la comunidad; en un ámbito jurídico, podríamos hablar a todos los miembros del Estado. Empero, esta se divide a su vez en lo que se conoce como la prevención general negativa, que es la primera que aparece en la historia respecto a esta corriente, y en la prevención general positiva.

2.3.2.1.1. Prevención general negativa

Los defensores de esta teoría plantean que el Estado debe hacer uso imprescindible de su poder coactivo mediante la imposición de las penas, generando «miedo» con la dureza de la norma.

Podemos citar dentro de esta rama de la prevención general a Jeremy Bentham y a Ludwig Feuerbach. A pesar de que ambos defienden esta corriente, se puede observar que la fundamentación es totalmente diferente.

Así pues, para el alemán Feuerbach, el Estado debe utilizar una amenaza, es decir, mediante el lenguaje jurídico versado en la norma, con ayuda de la coacción psicológica, debe intimidar a los ciudadanos para que no incurran en conductas contrarias a la ley, puesto que eso conllevará a la imposición de una pena dura. Pero no solo debe quedar en la intimidación, sino que, a decir del propio autor, ello debe trascender a que se ejecute la pena de manera correcta para mantener una imagen de eficacia de esta. Con ello le da fuerza de intimidación, pero no por el solo dicho, sino por el hecho, apelando claro está a una especie de funcionamiento de mecanismo de supervivencia primitivo del hombre (Feuerbach, 1847).

Por otro lado, el filósofo inglés y padre del utilitarismo, Bentham, usó a su propio ser naciente para fundamentar la prevención negativa, expresando que es «útil» la imposición de penas severas para que por razones puramente mecanicistas e instrumentales la persona se sirva cumplir las disposiciones y los valores del ordenamiento jurídico, expresando que la severidad de las penas no es suficiente, sino que, antes bien, es necesario que estas sean creíbles (gocen de cierto grado de certeza) y que el proceso de imposición sea rápido. Con ello se puede lograr un mecanismo integral que haga que la persona opte por su tranquilidad (básicamente económica), a tener que sufrir un mal (Bentham, 1830).

Al contrario de lo que significa el uso de la herramienta estatal de la intimidación mediante la imposición de sanciones, la concepción de la prevención general positiva se avoca a que la sanción devenida de la norma funge de reafirmación del derecho frente a la sociedad, es decir, no tiene un efecto de causar miedo o terror, sino seguridad de la protección y la confianza en la fortaleza del ordenamiento jurídico vigente.

El nacimiento de esta teoría se remonta también al siglo XX en Alemania, y su máximo exponente, Hans Welzel, le daría a la prevención general una connotación ético-social, basando la función de la positivización en tres ejes:

- a) Función de explicación. Informar sobre lo que se puede hacer (permisiones) y lo que no (prohibiciones).
- b) Función de legitimación. Transmitir la confianza en la capacidad de permanencia del ordenamiento jurídico en el tiempo.
- c) Función de limitación. Crear una actitud de respeto hacia el derecho y el ordenamiento jurídico en general.

Es preciso mencionar a autores como Günther Jakobs, estudioso de esta rama de la prevención general positiva, quien en una de sus últimas obras, denominada *Derecho penal del enemigo*, expone un supuesto paralelismo entre el derecho del ciudadano, que es quien respeta las normas y el ordenamiento jurídico, y el derecho del enemigo, que en simples palabras es quien infringe la normativa; al primero se le asigna una serie de derechos y garantías; mientras que al segundo se le retiran estos como justificación para fortalecer el sistema frente a la sociedad (Jakobs y Cancio Meliá, 2003).

En esta línea es necesario mencionar que en un mundo de libertad de expresión todo es tolerado, pero en este caso no compartido, porque negarle la condición de persona a un ser humano, es negar que intrínsecamente la persona lleva dignidad. Esta última hace que los derechos y las garantías cobren sentido, pues el derecho ha nacido para y por el hombre, no para ir contra él en una especie de lucha tribal.

2.3.2.2. Prevención especial

Inspirada bajo las ideas de la Escuela Alemana Sociológica del Derecho Penal, liderada por Franz von Liszt, se inserta a las ya estudiadas teorías de la pena una más, que se involucra no en la prevención con miras a la sociedad y al impacto que debe tener

mediante la coacción psicológica o en formas similares, sino que se refiere a la protección de la persona que ha cometido el delito, la prevención, pero referida a que esa persona no vuelva a cometer dicha conducta.

Von Liszt expresa que existen tres mecanismos que el Estado debe poner en práctica para evitar que el individuo reincida en la conducta expresada, y recalca que esa debe ser la verdadera misión de la prevención. Se refiere a la «corrección, intimidación e inocuización» (Rodríguez, 2019, p. 227). Es necesario decir que esta corriente de prevención especial tiene también su vertiente positiva y su vertiente negativa. La funcionalidad de estas se identifica desde la perspectiva de los mecanismos analizados, en tanto cuando se hable de la corrección, se referirá a la prevención especial positiva, y cuando se hable de la intimidación y la inocuización, se referirá a la prevención especial negativa.

No solo Von Liszt y la corriente alemana estudiaron esta rama de la prevención, también la escuela positiva italiana, liderada por Enrico Ferri, analizó el impacto del sujeto que comete el crimen, aunando esfuerzos por hacer cambiar de concepto a la pena, pues dicha escuela mencionaba que era algo que cobraba importancia en el individuo afectado, mas no en toda la comunidad, como se pensaba hasta ese momento (López, 2014).

2.3.2.2.1. Prevención especial positiva

La prevención especial positiva, también conocida como resocialización, es quizá una de las posturas que más acogida ha tenido en el mundo contemporáneo y en los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. Así, desde Alemania en 1975, hasta España en 1978, dispusieron su normativa constitucional avocada a la resocialización.

Esta última consiste en hacer que el individuo que ha cometido una conducta contraria a la ley internalice valores, principios y conductas que se dirijan a corregir aquel mal comportamiento por el que se hizo merecedor de la pena. Ello no solo para que sea una persona activa en el entorno social, sino que se le brinda

oportunidades para que el individuo como persona revitalice su dignidad y pueda «empezar de nuevo». En resumen, la resocialización debe entenderse como el conjunto de acciones dirigidas a formar nuevamente la conducta del individuo para que no se vuelva reincidente.

Sin embargo, se tiene que autores como Zaffaroni (1997) expresan que esta no es más que una utopía, pues no se tienen ordenamientos jurídicos penales y procesales penales fuertes, a tal punto que hagan que se efectivice este proceso de resocialización porque tiene grandes problemas sociales, lo que provoca una reacción cíclica y en cadena. Lo propio afirma Runde, cuando muestra que el problema de esta teoría es que la sociedad no está lista para aceptar ideas de tamaño magnitud, aún más cuando los sistemas penitenciarios no tienen la debida estructura.

2.3.2.2.2. Prevención especial negativa

Cuando se hablaba al inicio de este apartado de que la prevención especial negativa cubría los aspectos de la intimidación y la inocuización, me refería a aquel aspecto por el cual el individuo expresa su nivel de peligrosidad (de mayor a menor), es decir, trata de ingresar el principio de proporcionalidad a la conducta realizada.

En esta línea, Bacigalupo expresa que la prevención especial en esta acepción es de tinte democrático. Dentro de este grupo se postulan, por ejemplo, una serie de situaciones:

- a) El caso del «delincuente por convicción». Se expresa que ellos no necesitan de resocialización, puesto que su conducta no es modelable.
- b) El caso de la pena de muerte, que anula la causa de muerte, en los supuestos de asesinos reincidentes.
- c) Métodos correctivos que se aplican en forma supletoria a la reinserción, como la castración, la cadena perpetua, la muerte civil, etc.

2.4. EL FIN DE LA PENA EN EL SISTEMA PERUANO

La Constitución Política del Perú de 1993, norma de normas, fuente productora de derecho nacional y eje rector, a decir de Kelsen en su pirámide de las normas, es aquella que en nuestro país de manera taxativa ha determinado el fin de la pena, sin dejar algún cuestionamiento al respecto. Por ello es necesario revisar la literalidad del artículo 139, numeral 22, de dicha carta de fin jurídico-político:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Además, esta posición es corroborada de lo expresado por el Título Preliminar en el artículo IX, donde de manera expresa cataloga a la resocialización como un fin de la pena. De igual manera el artículo II del Código de Ejecución Legal, publicado mediante el Decreto Legislativo n.º 654, del 2 de agosto de 1991, apoya la posición de prevención especial positiva.

Pero es preciso remitirnos a la jurisprudencia constitucional, en específico a la del Expediente n.º 00033-2007-PI/TC-Lima, cuyos párrafos 30, 36 y 37 expresan que en virtud de una interpretación unitaria de la Constitución, en específico de su artículo 44, se debe entender que la finalidad de la pena en el derecho penal peruano es una finalidad de prevención, tanto general en virtud del art. 44 y el art. I del título preliminar del Código Penal Peruano, y a la vez especial, en virtud de las disposiciones de reinserción que se han traslucido en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Es preciso mencionar que la misma sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en conjunto con el Expediente n.º 046-29-2209-PHC/TC, estudia que la resocialización en el derecho peruano se debe entender desde tres puntos de vista diferenciados: la reeducación, la reincorporación social y la rehabilitación.

3. TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ

Hemos podido apreciar de lo estudiado en el presente trabajo, que la teleología de la pena hace que el Estado que la adopta tenga peculiaridades en su estructura normativa. En cuanto a la finalidad preventiva de la pena en su vertiente positiva, es decir, la práctica de la reinserción, necesita de instrumentos que la hagan efectiva en el plano pragmático. De este modo, ha nacido a la palestra del derecho penitenciario lo que conocemos hoy en día como el «tratamiento penitenciario».

En el plano de lo conceptual, tenemos que Mapelli nos muestra al tratamiento penitenciario como un «conjunto de actividades terapéutico-asistenciales», destinadas a hacer efectiva la reinserción del interno en la sociedad (Morales, 2016). En esta misma línea, Espinoza da luces mayores al concepto, esgrimiendo que este conjunto de actividades se abocan a la corrección de las conductas que ha mostrado el sujeto que ingresa al sistema penitenciario, y a brindarle también herramientas que lo hagan desenvolverse mejor en el entorno social posprivación de la libertad.

Zevallos (2005) concibe al tratamiento penitenciario como acciones que se encaminan a «influnciar» al individuo para la modificación de características personales, que en muchos de los casos han sido determinantes para la comisión de alguna infracción de la norma penal.

Además, es preciso comentar que a decir de la Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico (2015), el tratamiento penitenciario tiene una estrecha relación con el concepto de dignidad humana, como principio cumbre tras la publicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos que le dieron fuerza vinculante.

3.1. REGULACIÓN NORMATIVA EN EL DERECHO PENITENCIARIO PERUANO

El título III del CEP regula al tratamiento penitenciario, y en su capítulo primero, respecto a las disposiciones generales, en

específico el artículo 60, nos ofrece el objetivo de dicha institución del derecho penitenciario, allí expresa que su finalidad es la «reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad».

El artículo 93 del RCEP, respecto al tratamiento penitenciario, expresa lo siguiente: «El tratamiento penitenciario es el conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del interno, con el fin de resocializarlo, y evitar la comisión de nuevos delitos».

Así pues, el mismo cuerpo normativo que se ocupa de desarrollar el tratamiento penitenciario en su título V, denominado «Tratamiento y Servicios Penitenciarios», le da algunas características al tratamiento en nuestro país:

- a) Le da la característica de «progresivo», es decir, es un conjunto de actividades que pretenden, en correlación con el tiempo, brindar herramientas de manera paulatina y no forzada.
- b) De la misma manera explora los métodos del tratamiento penitenciario, dividiéndolo en individualizado y grupal, tal cual la diferenciación del artículo 61 del CEP. En este extremo, comenta por ejemplo Ramos (2009), que es de suma importancia que se les dé un tratamiento diferenciado e individualizado a los internos, porque cada uno tiene problemas diferentes y conductas disímiles; por otro lado, cuando se habla de tratamiento grupal, tenemos que la psicoterapia grupal es uno de los métodos más usados dentro de los establecimientos penitenciarios (Morales, 2016).
- c) Finalmente, designa a los agentes activos dentro del tratamiento penitenciario, y les otorga la labor a equipos multidisciplinarios, con la clara participación de la sociedad, pero, por sobre todo, el activo compromiso de la familia de los internos.

Es preciso indicar que el RCEP crea la figura del Órgano Técnico de Tratamiento (OTT) como ente ejecutor del tratamiento

penitenciario al interior de los centros penitenciarios. De la misma forma, regula en su artículo 98 que el proceso al cual se somete un interno al ingresar al establecimiento en razón del tratamiento penitenciario es el siguiente:

- a) El interno ingresa al sistema penitenciario por orden jurisdiccional en grado de mandato de sentencia, por lo que se excluyen del tratamiento los procesados sin sentenciar. Empero, a decir del artículo 103 del RCEP, estos a solicitud de parte pueden acogerse a un programa de tratamiento siempre y cuando sea compatible con su situación.
- b) En un período que no exceda los 30 días desde el ingreso es evaluado por el Órgano Técnico de Tratamiento.
- c) El OTT formula el «programa de tratamiento», en función del análisis realizado.
- d) En virtud del artículo 101 atribuye al OTT una responsabilidad de vigilancia y control sobre el tratamiento penitenciario, y le da la labor de periódicamente evaluar la eficacia del programa asignado al interno.
- e) Tomando como base el artículo 102, si de la vigilancia de los resultados del programa de tratamiento se evidencia una respuesta favorable, se cataloga al interno como «fácilmente readaptable», en virtud también del artículo 64.1 del CEP. Empero, si se muestra una involución en el comportamiento, se le catalogará como «difícilmente readaptable».

3.2. ELEMENTOS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ

Los elementos del tratamiento penitenciario en nuestro país se regulan en el título III del CEP. Estos son siete, cada uno representativo de un área específica que sirve para la reinserción del interno a la sociedad como mandato imperativo de la Constitución en su artículo 139.22. Los elementos son reafirmados en el RCEP, desde los artículos 104 al 151.

3.2.1. Trabajo

El trabajo es definido por autores como Guerra, en el sentido de ser esa la actividad física o mental, propia del ejercicio racional humano, encaminada al logro de beneficios en favor personal o de terceros, o a la producción de determinados bienes. Friedman le agrega que no solo es la actividad, sino la modificación del estado natural de las cosas (Arendt, 2007).

A lo mencionado cabe añadirle que el derecho interno peruano en su regulación constitucional consagra al trabajo como un derecho de carácter fundamental, esto es, la parte dogmática de la norma de normas peruana lo consagra en sus artículos 2.15 y el 23 y siguientes.

Por ello, el propio CEP, en su capítulo II, del título III, y el RCEP, en el capítulo II del título V, regulan al trabajo como un derecho del interno, pero a la vez como un deber (artículo 65 del CEP). Incluso el RCEP le asigna la calidad de «medio terapéutico», por lo que impone la obligatoriedad laboral, pero teniendo en cuenta tres condiciones reguladas en su artículo 104: no tiene la finalidad de causar un mal en el interno, ni debe ser concebido como una «medida disciplinaria» y mucho menos debe significar una transgresión del valor primario de la persona, esto es, su dignidad, que la propia Constitución consagra en el artículo 1, como principio supremo y que el Constituyente de 1993 tuvo a bien recordar con la importancia debida.

Además, el trabajo como mecanismo primordial de la reinserción social opera como una herramienta que brinda el tratamiento penitenciario a fin de que el interno sea un operador o agente económico en beneficio de la sociedad y se pueda valer de sus propios medios para generar ganancias. Por ello, al ser un mecanismo de preparación a futuro, el artículo 105 del RCEP, de manera clara expresa que este elemento para el cumplimiento del fin de la pena, no genera una relación laboral propiamente dicha y configurada bajo normas laborales como el D. L. n.º 728. Empero, el artículo 109 del mismo cuerpo reglamentario expresa no solo que dicha actividad se puede realizar de manera individual

y colectiva, sino que abre la posibilidad a la creación de sociedades para facilitar el tráfico comercial.

Con lo mencionado, es preciso identificar que existen diferencias entre el trabajo practicado con fines individuales, y que, pese a que existen variados métodos de implementación de los medios necesitados por el interno, desemboca siempre en que el 10 % de las ganancias se dirigen a un fondo del Instituto Penitenciario, en virtud del artículo 67 del CEP y el 111 del RCEP; y el trabajo que se realiza en favor de actividades propias del sistema penitenciario en calidad de colaboradores del INPE. Ello no genera relación laboral de trabajador-empleador, por lo que se entiende, en concordancia con la disposición normativa del artículo 112 del RCEP, que es una labor *ad honorem*.

3.2.2. Educación

Para Pitágoras la educación «es templar el alma para las dificultades de la vida». Este concepto, que puede parecer arcaico, de una de las condiciones más importantes del tratamiento penitenciario, se ha desarrollado con ahínco durante la historia del hombre. Piaget expresaba que mediante la educación se podía formar a personas con autonomía. En igual línea de opinión se encuentra Wilmann, quien agrega elementos que para nosotros resultan de gran utilidad; dice el pedagogo alemán que la educación es la directriz formativa en beneficio de la sociedad. Así, diferentes estudiosos de la materia coinciden en que la educación es un proceso formativo para la vida en sociedad, lo cual resulta lógico en el tema de la reinserción, porque se pretende formar la conducta de la persona infractora de la norma, y con ello contribuir a la mejora social.

Con respecto al marco constitucional, la norma madre, en sus artículos 14 y 17, expresa el carácter de derecho de segunda generación que tiene la educación, en especial el último dispositivo mencionado, es decir, el artículo 17, que en su párrafo tercero expresa: «El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera».

Como vemos, el Estado tiene la obligación constitucional, concordada con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de implementar centros educativos donde se necesiten, y los establecimientos penitenciarios representan esta demanda social; por ello se tiene que el tratamiento penitenciario en su elemento educación es una manifestación de las disposiciones convencionales.

En cuanto a la regulación en los cuerpos del derecho penitenciario peruano, tenemos que el capítulo III del título V del RCEP y el título III en su capítulo III del CEP, regulan a la educación como parte del proceso de reinserción, y le dan al sistema penitenciario la exigencia de conducir procesos de educación en los sistemas básicos ordinarios, así como de formación técnica y profesional. Esto conlleva a que la responsabilidad de esta implementación recaiga sobre los directores de los establecimientos penitenciarios, en virtud del artículo 118 del RCEP que, en conexión con el artículo 121, señala la obligación de la expedición de certificados al término de la etapa de estudio del interno.

Por último y no menos importante en el extremo de la educación del interno, tenemos que se deben implementar bibliotecas dentro de los establecimientos penitenciarios, en virtud del artículo 119 del RCEP y 74 del CEP.

3.2.3. Salud

No se puede hablar de salud si no se tienen presentes en un mínimo las disposiciones conceptuales de la Organización Mundial de la Salud (OMS), al menos en la precisión de lo que se debe entender por el término que nos convoca en este apartado. De manera que se define a la salud como «el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

Este bienestar generalizado que se menciona en el párrafo precedente encuentra asidero normativo-dogmático en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú de 1993 (CPP), en donde el adverbio que dispone el derecho cita el término «todos». Es por

ello que el hecho de que la persona se encuentre interna en un establecimiento penitenciario no la exime de tener acceso a la salud.

Por esa razón, el CEP, en el capítulo IV del título III, y el RCEP, en el título V, capítulo IV, regulan a la salud como un elemento del tratamiento penitenciario, pues no se puede pretender reinsertar a la persona a la sociedad cuando esta no cuenta con un bienestar general, no solo físico, sino también psíquico, en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 del CEP. En esta línea, el artículo 77 del mencionado cuerpo normativo le exige al sistema penitenciario que en cada establecimiento se cuente con un servicio médico básico y personal al servicio de los internos, así como un servicio de enfermería que tenga carácter permanente (artículo 126 del RCEP). Ello no exime de la responsabilidad del estado de prestar servicios médicos especializados donde y cuando sea necesario, así como tampoco inhibe al interno de solicitar atención externa que sea costeadada por él mismo o por un tercero ajeno a la institución penitenciaria.

Una situación puntual que vale la pena resaltar es la disposición del artículo 127 del RCEP, que le asigna al personal médico la responsabilidad de velar por las condiciones de higiene del establecimiento penitenciario, así como por la seguridad alimentaria, ello basándose en las políticas de prevención de enfermedades, pues es necesario recordar que en el marco de los establecimientos penitenciarios, rigen todos y cada uno de los mandatos de políticas públicas en materia de salud que se expongan para la sociedad en general, en virtud del artículo 76 del CEP.

3.2.4. Asistencia social

A decir de Moreno Rebato, la asistencia social es una «técnica de protección social», que tiene como objetivo culminar, paliar o prevenir ciertas situaciones que involucran al individuo con la integración en el ámbito social. En este sentido, tenemos que el CEP, en el capítulo V del título III, y el propio RCEP, en el capítulo V del título V, configuran a la asistencia social como elemento

indispensable del tratamiento penitenciario con miras a obtener un resultado positivo del análisis del interno respecto a su conducta y la repercusión de esta en la sociedad en general, su familia y la víctima, en concordancia con el artículo 83 del CEP. La importancia que cobra la labor del asistente social es a tal grado que no solo funge de órgano que colabora a la reinserción *ex ante*, o durante el proceso, sino que en virtud de las funciones establecidas en el artículo 138 del RCEP y el artículo 85 del CEP, también es *ex post*, realizando acciones de seguimiento del exinterno y su desenvolvimiento en la sociedad.

3.2.5. Asistencia legal

Cuando el CEP hace referencia a que la asistencia legal es parte elemental del tratamiento penitenciario, esto es, mediante los artículos 87 y ss., los cuales le dan un realce icónico a la asistencia legal, como medio alternativo para «intentar demostrar con antelación el cumplimiento del objeto de la pena», es decir, lograr el otorgamiento de beneficios penitenciarios, tal cual lo consagra el artículo 90 del CEP.

Es preciso mencionar que la asistencia legal, a decir del CEP, en el capítulo sexto del título III, además de darle la categoría de gratuita, encarga la labor a abogados y abre la posibilidad al ejercicio del Servicio Civil de Graduados en Derecho (Secigra Derecho), esto mediante sus artículos 87 y 88, también clasifica a la asistencia jurídica en consultas y en evocación al sentenciado.

En cuanto a la última clase, es decir, la «asistencia al sentenciado», el RCEP, en su artículo 141, les exige a los obligados a brindar esta asistencia en el extremo jurídico, a velar por realizar gestiones para la libertad del interno que demuestre haberse resocializado, previa aprobación de la junta penitenciaria.

3.2.6. Asistencia psicológica

El capítulo séptimo del título III del CEP, bajo una sola disposición normativa, la del artículo 92, expone que la asistencia psicológica se avoca a explorar y estudiar la personalidad de los

internos, para determinar una serie de actividades que hagan posible y eficaz el proceso de reinserción. La crítica a este extremo será estudiada con detenimiento en el capítulo siguiente.

Empero, en el capítulo VII del título V del RCEP, se amplía la protección a este gran punto colindante y directamente involucrado en la reinserción del interno, pues la salud mental es de crucial importancia cuando se trata de corregir una conducta, determinar las causas y encaminar determinados patrones.

Como se explicaba, la norma reglamentaria, en su artículo 144 le asigna tal importancia, que es con un informe psicológico que se emitirá finalmente la opinión del avance o el retraso del tratamiento con respecto a la reinserción y la corrección de la conducta reprochable.

Además, estas disposiciones exploran los métodos en los cuales se puede llevar a cabo esta intervención psicológica, a través de consultas de los internos y psicoterapias de toda índole, desde la familiar hasta grupales.

3.2.7. Asistencia religiosa

Por último y no menos importante, el tratamiento penitenciario desde la óptica del legislador peruano ha tenido a bien contemplar el aspecto espiritual de la persona, y regularlo mediante los artículos 93 y 94 del CEP, y 147 a 151 del RCEP. Es necesario expresar que no es una asistencia religiosa en donde se imponga un culto o una creencia, sino que se extiende de manera colindante con el significado de aspecto laico del Estado hacia todas las manifestaciones religiosas.

La manera de realizar estas disposiciones se reglamenta y se establecen coordinaciones con las organizaciones religiosas, que tendrán a bien designar representantes en los establecimientos a fin de que sea de acceso libre del interno que desee profesar alguna creencia en particular, en virtud de los artículos 148 y 151 del RCEP.

3.3. PROGRAMAS DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN EL PERÚ

Los programas de tratamiento penitenciario (PTP) son aquellos mecanismos que coadyuvan al fortalecimiento de la reinserción social del interno en pro del fin de la pena en el marco de la prevención positiva. Dentro de estos podemos encontrar los siguientes:

- a) Programas Estructurados de Tratamiento (PET), definidos como estructuras orgánicas, que bajo la idea de la colaboración a la formación de una «conducta prosocial», desarrollada por Hawkins y Catalano, buscan influir en determinada área del comportamiento del reo, según sus condiciones originarias (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015).
- b) Programas de Medio Libre (PML), que están dirigidos a la atención pospenitenciaria del interno que ha cumplido su condena o se le ha concedido algún tipo de beneficio penitenciario. Este tipo de programas tiene como pilar básico la atención de carácter «ambulatorio», y busca reinserter al reo positivamente en la sociedad, pero en ejercicio «extramuros».

3.3.1. Programas estructurados de tratamiento (PET)

Dentro del marco de las políticas públicas penitenciarias nacionales, podemos encontrar cuatro PET, para lo que trataremos cada uno de ellos de manera sucinta a fin de dilucidar su función particular y sus características especiales:

- a) El Programa de Prevención y Tratamiento del Consumo de Drogas (PPTCD) Devida

El presente PET es dirigido por Devida, en concordancia con la política nacional de lucha contra las drogas. Su radio de acción comprende a los jóvenes de 19 hasta los 25 años de edad que se han visto inmersos en el consumo de drogas.

El objetivo principal de este PET es buscar una mejora en todos los ámbitos de la vida del interno, para que deje el

uso de esas sustancias que lo pueden volver un consumidor dependiente y a largo plazo desembocar en consecuencias fatales.

b) El Programa C. R. E. O. (Construyendo Rutas de Esperanzas y Oportunidades)

Creado desde el año 2008, mediante la Resolución n.º 635-2008-INPE, tiene como objetivo generar habilidades y orientar la conducta hacia la readaptación, además de aumentar ciertas facultades personales como el ánimo de emprender mediante la práctica laboral empresarial. Está dirigido solamente a los sentenciados primarios y es de carácter voluntario.

Además, se debe precisar que solo ingresan a este programa los sentenciados por delitos contra el patrimonio (robo, robo agravado, hurto, hurto agravado, abigeato, etc.), cuya pena impuesta por el órgano jurisdiccional no sea mayor a 15 años; y por último y no menos importante, la edad de los que acceden a C. R. E. O. debe bordear los 18 y los 29 años.

c) El Programa de Tratamiento en Agresores Sexuales (T. A. S.)

Creado como programa satélite en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho (E. P. Lurigancho), está dirigido a sentenciados primarios, sin importar rango de edad, ni de pena, pero sí existe el criterio de especialidad respecto al delito, esto es, delitos sexuales, que contemplan desde agresión sexual hasta violación sexual. Con ello se pretende, mediante programas de ayuda psicológica especializada, disminuir los comportamientos que llevaron a dicha infracción de la norma penal.

d) El Programa de Intervención (CHASCA)

Está dirigido a la población en riesgo, actúa como subsidiario del programa de Devida cuando el impacto del consumo de drogas ha devenido en enfermedades graves y además se especializa en tratar a la población penitenciaria con TBC (tuberculosis).

3.3.2. Programas de medio libre (PML)

El objetivo de los PML, como ya lo hemos citado, es permitir a los liberados y a los sentenciados extramuro brindar una actuación productiva en la sociedad. Podemos encontrar cuatro PML, trataremos cada uno de ellos de manera breve para dilucidar su función particular y sus características especiales:

a) El Programa Fortalecimiento de Competencias Sociales para la No Reincidencia Delictiva en Liberados (FOCOS)

Está dirigido especialmente a los internos que consiguen un beneficio penitenciario de semilibertad o libertad condicional. En ellos se pretende implementar habilidades sociales y laborales que disminuyan las probabilidades fácticas de reincidencia delictiva, además de acompañarlos en su desarrollo moral y familiar.

El programa FOCOS se divide en dos grandes etapas de atención:

- La etapa de intervención, que consta de una docena de sesiones anuales con el grupo, dos con la familia del interno; además comprende la capacitación laboral y visitas domiciliarias.
- La etapa de seguimiento y monitoreo, que se divide también en una docena de sesiones al año, la mitad de las cuales serán de manera grupal y la otra mitad con la familia.

b) El Programa de Intervención Recuperando Eficacia, Tomando Oportunidades (RETO)

RETO actúa como un programa para brindar ayuda a la población extramuro e intramuro, con hábitos poco frecuentes y ocasionales de consumo de drogas, construyendo habilidades para que el interno o exinterno rechace el consumo de estas sustancias. Con lo que se le inculca, podrá mejorar sus relaciones interpersonales.

Todo lo mencionado se logra a través de tres etapas: en una primera instancia se pretende sensibilizar a la persona, luego de ello se le interviene y posteriormente se puede hablar de una reinserción libre de drogas.

c) El Programa Capacidades Personales para Afrontar Situaciones de Riesgo (CAPAS)

Se ha creado con el fin de combatir factores de riesgo que conlleven a la infracción de la norma penal, es decir, factores criminológicos que inclinen a la persona a la comisión de delitos y faltas. Tiene una estructura similar al programa FOCOS, pues involucra también a la familia.

d) El Programa de Intervención No Más Problemas, Pensar Antes de Actuar No Es Difícil

La especialidad de este programa radica en la enseñanza de habilidades de solución de conflictos en donde no medie la violencia como mecanismo, sino antes bien habilidades de tipo cognitivo con el uso del razonamiento. Está dirigido a los sentenciados a prestación de servicios a la comunidad.

4. ANÁLISIS DE LA REALIDAD FÁCTICA DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y SU RELACIÓN CON LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS

4.1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN RELACIÓN CON EL FIN DE LA PENA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO

4.1.1. Análisis del panorama actual del tratamiento penitenciario en el Perú

Durante los capítulos precedentes nos hemos ocupado de delimitar de manera conceptual algunos términos que, al llegar a este punto, es necesario manejar para una comprensión adecuada, términos como tratamiento penitenciario, pena, programas penitenciarios, y los elementos de estos.

En esta línea de análisis pragmático-jurídico, debemos entonces emplear un método comparativo de la realidad con la norma, a fin de construir al final de este apartado una apreciación que responda a la siguiente interrogante: ¿el tratamiento penitenciario

actual sirve al fin de la pena constitucionalmente previsto? Es decir, una vez que hemos analizado que el tratamiento penitenciario por definición es la materialización del deseo del Estado de reinsertar a los internos en la sociedad, toca ver si en el plano real, a través de los informes realizados por la propia autoridad penitenciaria, la reinserción es posible o solo es una utopía normativa como las muchas que existen en nuestro sistema.

En cuanto al primer elemento del tratamiento penitenciario concebido por el CEP, es decir, el trabajo penitenciario, podemos observar del informe del INPE respecto al cuarto trimestre del año 2018¹: hacia diciembre de 2018, el número de internos que trabajan es 24 989, es decir, el 27.48 % del total. Lo preocupante es que si vemos la evolución estadística, desde octubre hasta diciembre de 2018 se registra un fenómeno de decrecimiento en el índice de reos que trabajan, que era de 25 321 en octubre, 25 027 en noviembre y 24 989 en diciembre. Teniendo en cuenta que el índice de personas que ingresan a los establecimientos penitenciarios no ha disminuido, sino que antes bien ha aumentado, se debe extraer una premisa: «Con respecto al aumento de población penitenciaria, ha disminuido la tasa de internos que trabajan»; por ende, se deduce que causa un efecto inversamente proporcional.

Esto cobra relevancia jurídica, pues si bien es cierto que el artículo 104 del RCEP le asigna el carácter de obligatorio para los internos sentenciados, vemos que de la comparación numérica, el mandato imperativo no se cumple. Así, en octubre de 2018, según datos del INPE, el número de sentenciados era de 54 703, y en paralelo el número de reos que trabajaban en esa misma fecha era de 25 321, lo cual nos lleva a la aproximación estadística de que solo el 46.28 % de los sentenciados realizaban esta labor. ¿Dónde está entonces el mandato imperativo de obligatoriedad del trabajo?

1 Es necesario indicar que, a la fecha de realización de este trabajo de investigación, según la base de datos del INPE, el último informe estadístico respondía al IV trimestre del año 2018, por lo que se asumen estas cifras como base para el análisis pragmático-jurídico.

Además de ello, tenemos que, de la información brindada por la entidad administrativa, se registran internos con más de 10 ingresos a los establecimientos penitenciarios. Es entonces necesario plantear la pregunta ¿en realidad funciona el trabajo penitenciario como «medio terapéutico», como dispone el artículo 104 del RCEP?

Es necesario también resaltar que el INPE ha realizado esfuerzos conjuntos para poner a disposición de los internos variadas actividades productivas que ejecutan 16 654 internos, que van desde los talleres hasta los servicios y actividades múltiples, la carpintería es el taller que más integrantes tiene a nivel nacional (cuenta con 2460 internos). Pero ello no es suficiente en razón de la cobertura para garantizar lo que indica el artículo 105 del RCEP: «el trabajo es un elemento indispensable para la rehabilitación del interno»; por ello se menciona de manera clara y enfática que si bien existen avances en el desarrollo de actividades laborales, estas aún son insuficientes si se considera el total de la población penitenciaria.

Una situación que vale la pena resaltar es la vitalidad que ha cobrado el artículo 109 del RCEP en el sistema penitenciario, en el extremo de la posibilidad de la creación de formas societarias para el desarrollo de actividades económicas al interior de los establecimientos penitenciarios. Así podemos ver que el informe citado del INPE expone que a diciembre de 2018 existían 1278 empresas constituidas, y de ellas la que mayor acogida tenía, con 450 internos, era la empresa textil; seguida de la de zapatería con 248. Igualmente, se promocionaban las actividades *ad honorem* administrativas en los establecimientos penitenciarios, en las cuales se indica que a diciembre de 2018 había 222 internos involucrados de manera directa con el sistema penitenciario.

En cuanto al segundo elemento, es decir, la educación penitenciaria, podemos observar que tiene la misma tendencia de decrecer en cuanto al tiempo desde octubre hasta diciembre de 2018, y la misma tendencia indirectamente proporcional al aumento de la población penitenciaria, y se tiene que solo accedieron a la

educación, hacia el último mes del año 2018, 18 362 internos, esto es, solo el 20.19 % de la población penitenciaria. ¿Y el otro 79.81 % de los internos? Si bien es cierto que el artículo 69 del CEP no le asigna la carga de obligatoria, como sí lo hace con el trabajo, se ha estudiado que la educación es un elemento importante para la formación de la persona y para la construcción de lineamientos. Además que por mandato constitucional del artículo 13 señala que «la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana». Todo esto se menciona porque se desea dar a entender que la educación no debe quedar en la mera promoción, como indica el artículo 14 de la Constitución, sino que en virtud de la interpretación constitucional bajo el principio de unidad y de concordancia práctica expuestos en la sentencia del TC recaída en el Expediente n.º 5854-2005-PA/TC, se debe revisar el artículo 17, que exige un núcleo duro de obligatoriedad generalizada para todo el Estado peruano, que no queda en simple promoción. Me refiero a que se dispone que «la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita».

La pregunta que subsigue a lo expresado es ¿el sistema penitenciario está cumpliendo a cabalidad con el sentido de la educación penitenciaria desde el haz formativo de esta o solo la considera como un elemento aislado de la reinserción social? Tengamos en cuenta que la Constitución, en su artículo 139.22, en donde expone la finalidad de la pena en el sistema peruano, menciona lo siguiente: «el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación».

Lo señalado deja entrever que el Constituyente de 1993, al plantear la finalidad de la pena en nuestro sistema jurídico, puso en primer lugar a la reeducación. Por ello el elemento de educación penitenciaria regulado en el capítulo tercero del título III del CEP, a pesar de no tener naturaleza obligatoria por mandato legal, sí impone una naturaleza de sumo compromiso y extensión, por mandato constitucional. Veamos entonces si dentro de los establecimientos penitenciarios se ha cumplido con el mandato

del artículo 17 de la Constitución, en el extremo de que todos los internos que no cuenten con los estudios de la educación básica regular se encuentren desarrollando los estudios respectivos, porque hemos visto que la carta madre sí le asigna «obligatoriedad» a estos tres niveles.

Dentro de la educación penitenciaria existen tres ciclos de estudio, el primero, referido a los internos que son totalmente analfabetos; el segundo, que encierra a aquellos con primaria incompleta; y el tercero y último referido a los internos que cuentan con primaria completa. Estos niveles se han estructurado en razón de que los internos terminen sus estudios básicos regulares, a través de un método básico alternativo.

Según el informe del INPE de diciembre de 2018, en el ciclo inicial se encuentran solo 909 internos; sin embargo, a decir de la base datos del INPE, existen 1457 internos analfabetos, lo que significa que solo el 62.38 % del total de estos tiene acceso a la educación. No obstante, el 37.62 % aún se encuentra en desprotección estatal, pues el servicio de educación, que debe ser gratuito por mandato constitucional, no le alcanza; aquí se observa una vulneración manifiesta de los derechos del interno. Siguiendo con el ciclo intermedio, a este accedieron 2627 internos, de un total de 12 130 que tienen primaria incompleta, con ello se trasluce que solo el 21.66 % de los internos que deben acceder lo hace. Una vez más se pone en evidencia la debilidad del sistema para otorgar acceso universal a la educación en niveles básicos. Finalmente, y no menos importante, el ciclo avanzado, que tiene en su sistema a 5507 internos de 7308 con primaria completa.

Sin considerar la formación básica, que como ya dijimos es el núcleo duro obligacional del sistema penitenciario, tenemos el lado de lo técnico-profesional, exigencia legal, por mandato del artículo 71 del CEP. De esto se desprende que, al mes diciembre de 2018, 9268 internos accedieron a los servicios de educación técnica-productiva, los conocidos Cetpro, y 62 se encuentran cursando estudios profesionales a distancia. En total 9330 internos realizan estudios técnico-profesionales; pero se tiene que de la

base de datos actualizada por el INPE, en ese mismo período, las personas que debían haber accedido eran las que no tenían ni oficio ni profesión, agrupando a los internos con secundaria completa y los estudios superiores incompletos, es decir, de un total de 43 699 internos, solo el 21.35 % acceden a estos servicios, ¿y el 79.65 % de los internos? Una vez más otra transgresión de la norma, cuando se compara lo material con lo abstracto.

Siguiendo con el análisis de los elementos del tratamiento penitenciario para desembocar luego en la eficacia de este para con la reinserción social, toca ahora explorar la salud penitenciaria. En un primer escenario, es necesario recalcar un dato que parece alarmante respecto al número de internos atendidos a diciembre de 2018: 10 505 internos, de un total de 90 934. Esto significca que solo el 11.55 % de internos accedió al servicio de salud. Pareciera que no es preocupante este indicador estadístico, pues la idea primigenia más ceñida sería que solo esa cantidad de internos padeció de una enfermedad, pero recordemos que el artículo 76 del CEP expresa que la salud penitenciaria estará compuesta por el «desarrollo de acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud», por lo que lo adecuado sería que todos los internos cuenten con una atención al menos anual para así tener a bien prevenir el nacimiento de alguna enfermedad o la incubación de un virus o bacteria que pueda desencadenar luego efectos virales en el resto de la población penitenciaria.

En esta misma línea, el reporte del INPE acerca de la salud penitenciaria en el 2018, nos habla de que la principal enfermedad dentro del sistema penitenciario, en concreto, dentro de los establecimientos, es la TBC. Ello es tan alarmante, que la tasa de casos dentro de los EP es mayor a la del Perú, el Minsa y EsSalud juntos. Así pues, el primero tiene una tasa de 99 en 100 000, el segundo de 70 en 100 000, y la tercera de 60 en 100 000; mientras que al interior de los EP la tasa es de 3596 en 100 000. Esto llama la atención porque desde el año 2015 los casos han aumentado, lo que deja entrever la fragilidad del sistema en tanto a la salud, y

por ende la vulneración flagrante del artículo 123 del RCEP, pues no se ha puesto «énfasis en la prevención de enfermedades», y con ello se vulnera el mandato del «derecho del interno a mantener el bienestar físico» que el artículo 76 del CEP regula de manera expresa.

Con respecto a los recursos humanos tenemos que existen a nivel nacional 532 profesionales de la salud que sirven al INPE a través de varias de las modalidades de contratación. En contraste con los 67 establecimientos penitenciarios que existen, podemos decir que 8 profesionales de la salud conforman el equipo por centro penitenciario, ello depende en algunas ocasiones de que los equipos sean más o menos grandes o pequeños según la densidad poblacional penitenciaria. Con esto se da cumplimiento a las disposiciones del artículo 77 del CEP, que exige la presencia de al menos un profesional de la salud por centro penitenciario.

Los elementos restantes forman parte de lo que se conoce como la asistencia penitenciaria, que comprende desde la asistencia psicológica hasta la jurídica, y tienen una misión de relevancia tal, que son intrínsecamente necesarias para que el interno pueda lograr resocializarse. En cuanto a la asistencia psicológica, se tiene que a diciembre de 2018 se atendió solamente a 9822 internos, esto representa una disminución respecto al número de internos atendidos, pues en octubre de 2018 fueron 11 724, registrando una disminución del 16.2 %, es decir, 1902 internos.

La importancia de estas cifras, en tanto por ejemplo la existencia de 89.2 % de internos no atendidos, es de alarma significativa porque al hablar de asistencia psicológica nos referimos a la salud mental, y si se quiere reinsertar al reo en la sociedad, debemos empezar por otorgar un bienestar orgánico integral, que implique la salud mental como pilar fundamental. En razón de los recursos humanos tenemos que citar el número de psicólogos que existen para todos los EP a nivel nacional, esto es, 195, ya que de 199 personas que laboran en total en asistencia psicológica, 4 son estudiantes de los últimos años. De ello entonces se debe resaltar que

la relación del número de internos con el número de psicólogos es preocupante en zonas como la oficina norte, en donde se tiene 17 psicólogos para 17 051 internos, es decir, 1003 internos por cada psicólogo; o también la oficina del sur oriente, que cuenta con 8 psicólogos para 5426 internos, esto es, 678 internos por psicólogo. ¿Cómo se pretende entonces atacar el factor de la salud mental del interno si no se tienen los recursos necesarios para hacerlo?

La normatividad en el CEP es insuficiente para operar jurídicamente un sistema fuerte, pues solo se remite a disponer un artículo con contenido abierto, pero además el artículo 145 del RCEP expresa que se tienen que elaborar perfiles psicológicos y que en concordancia con el artículo 144 del mismo reglamento, estos deben ser progresivos para reflejar el estado actual del reo. ¿Cómo con tan poco personal se van a realizar de manera óptima estos estudios?

Otro punto dentro de la asistencia penitenciaria es de carácter social, realizado por el asistente social, misión de vital importancia dentro del proceso de resocialización porque prepara al reo para llevar relaciones con su entorno y explora acerca de los factores que lo han llevado a infringir la ley.

Se tiene que a diciembre de 2018 solo el 8.8 % de los internos han accedido a la asistencia social, lo cual representa una disminución del 16.6 % respecto a octubre de 2018. A ello se acopla que los recursos humanos en el área de asistencia social se reducen a solo 167 personas distribuidas en todos los EP.

Casos particulares que observar son los de la zona norma, al igual que la asistencia psicológica. En este aspecto también es débil, pues existen solo 15 trabajadores sociales para un total de 17 051 internos, lo que da como resultado 1137 internos por trabajador social. También se debe observar el caso de la oficina nororiental, en donde existen solo 3 trabajadores sociales para 5489 internos, esto es, 1830 internos por trabajador social. Si se sabe que esta asistencia cumple múltiples funciones, inclusive

la de coordinación para los internos que egresan del centro penitenciario, de qué manera considerar que estarán bien atendidos los internos si el personal es incipiente para lo que se necesita en realidad.

Finalmente, la asistencia jurídica o legal tiene una disminución notoria de octubre a diciembre de 2018, del 31.1 %, es decir, 2625 internos; además, se sabe que solo el 5.8 % de internos han accedido a esta asistencia de vital importancia por ser de trascendencia para la solicitud de beneficios penitenciarios, pero también para seguimiento de casos en particular y quejas administrativas con respecto al INPE.

4.1.2. Análisis de la eficacia del fin de la pena en el sistema jurídico peruano con respecto al estado actual del tratamiento penitenciario

Dicho todo lo anterior, el análisis central se debe concentrar en si todo lo anteriormente dicho con respecto al tratamiento penitenciario responde a que los mandatos legales y constitucionales disponen en lo concerniente al fin de la pena.

La pregunta es, desde el punto de vista dogmático jurídico, ¿cómo podemos determinar que es «eficaz» una norma? Para ello citaremos al tratadista y filósofo jurídico Norberto Bobbio, que dentro del estudio de la teoría de la norma jurídica establece que esta contiene tres especies de fundamentos: la validez, la justicia y la eficacia. El primero relacionado con la emisión por órgano de producción válido con la regulación adecuada y bajo estándares constitucionales, el segundo se refiere a un valor subjetivo dentro de una determinada sociedad; y el último se mide en función de situaciones fenomenológicas, es decir, de la yuxtaposición entre realidad y disposición abstracta.

Por ende, líneas arriba se analizó toda la realidad que se suscita en el marco del sistema penitenciario, en concreto, dentro de la institución del tratamiento penitenciario. Veamos por otro lado el imperio de la norma, así pues, el mandato constitucional, aunque genérico, expresa:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Dicho precepto, es preciso recordar, se encuentra también estipulado en el Código Penal de 1991, en el título preliminar, artículo IX: «Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora».

Con las normas antes citadas podemos deducir que tanto por mandato constitucional de la norma generadora de normas, y la norma sustantiva, contienen a la reinserción del reo como objetivo de la pena; y para ello se ha generado la institución del tratamiento penitenciario, pero de lo antes mencionado tenemos que la realidad vulnera de manera flagrante:

- El artículo 65 del CEP, en el extremo del trabajo penitenciario, pues la carga de obligatoriedad no se extiende a todos los internos sentenciados.
- El artículo 69 del CEP, en el extremo de la educación, pues como se ha desgranado, el núcleo duro de la formación básica no se respeta al interior del sistema penitenciario, dejando desprotegidos del acceso gratuito a esta a un alto porcentaje de internos. Con ello el factor «reeducación» del que habla la Constitución, y el mismo CEP en su artículo 2, no se encuentra eficazmente desarrollado. De la misma manera en el aspecto del desarrollo de las áreas técnico-profesionales, la gran mayoría de internos no tiene acceso a este servicio que debería ser ofrecido de manera constante y variada por el INPE.
- El artículo 76 del CEP, que habla del bienestar físico y mental que deben tener los internos en los establecimientos penitenciarios; empero, de la alta tasa de enfermedades como la TBS y la carencia de psicólogos en el área de atención

médica, como es dos a nivel nacional, ¿podemos hablar de un verdadero bienestar psicológico y físico cuando existe hacinamiento en más del 200 %?

- La asistencia penitenciaria, que encierra la asistencia social, legal y psicológica, es una de las áreas que más deficiencias presenta, y al mismo tiempo la que más importancia debería tener para el proceso de resocialización. Pero como se ha visto, una serie de disposiciones del capítulo quinto, sexto y séptimo del título III del CEP son gravemente afectadas por la carencia de personal y por la mala administración penitenciaria, que destina pocos recursos humanos a oficinas regionales que los requieren por la abundante población penitenciaria que albergan.

De todo lo mencionado vemos que la estructura idealista que nos muestran las disposiciones legales de la Constitución y los códigos pertinentes pueden ser adecuadas para el fin que se desea perseguir, pero en la realidad, en la práctica cotidiana, lamentablemente no se cumplen. Por tanto, si el instrumento para resocializar al reo falla, también lo hace el fin último, es decir, el reeducar, el reinsertar al interno a la sociedad; prueba de ello, más allá de explorar la realidad interna de los establecimientos penitenciarios, es el Informe Estadístico del INPE de julio de 2019, que expresa en el análisis del número de ingresos por interno, que de 94 842 internos a julio de 2019, el 15.73 %, 14 915 internos, han ingresado dos veces al penal. De este modo, ¿podemos hablar de reinserción cuando existen altas tasas de reincidencia y de habitualidad?²

Y lo arriba mencionado no es todo, sino que el 5.12 %, 4857 internos, han ingresado por tercera vez, y existen 65 personas que han ingresado más de 12 veces a establecimientos penitenciarios. Con estas tasas, y sabiendo que existen programas especializados para paliar comportamientos específicos como el

2 Datos extraídos del Instituto Nacional Penitenciario (INPE).

robo agravado, en el caso de C. R. E. O., y las agresiones sexuales en el caso de T. A. S., se ve que la gran mayoría de reincidentes comete estos delitos, en primer lugar el robo agravado con 25.5 % de reincidentes y habituales, y 9.8 % en el caso de violación sexual de menores de edad. Ciertamente, no podemos hablar de resocialización cuando los programas penitenciarios que tratan de reeducar al reo en conductas que se ven inmersas en estas áreas delictivas, no cubren lo necesario. Así, existen 24 206 internos recluidos por la comisión de robo agravado; sin embargo, C. R. E. O. solo tiene a su cargo a 829 internos; y el T. A. S. solo a 243, de un total de 17 611 internos recluidos por violación sexual en todas sus clases, y actos contra el pudor.

Si el objetivo de la norma es que el reo se reinserte a la sociedad, y además hemos estudiado que el tratamiento penitenciario en nuestro país tiene un gran número de deficiencias, y también hemos contrarrestado esto con la realidad de la reincidencia y la habitualidad, ¿podemos hablar de la efectividad del artículo 139, numeral 22, de la Constitución, o es, al menos por ahora, una utopía legalista que hace que la norma sea justa y válida, pero no eficaz?

4.2. ANÁLISIS DE LA CONTRAPOSICIÓN DE LA REALIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS

El Constituyente de 1993, cuando decidió consagrar la corriente del neoconstitucionalismo como base del sistema peruano, tuvo a bien esgrimir un principio elemental que fue abstraído de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es por ello que en su primer artículo, como cabeza de todo un sistema constitucional, expresó: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado».

En las circunstancias antes descritas, ¿se está dando cabida a encumbrar la dignidad del interno?

Recordemos que el propio Tribunal Constitucional peruano (TC), en diversos pronunciamientos como la sentencia recaída en el Expediente n.º 01575-200-PHC/TC, en su fundamento nueve, menciona que es obligación del Estado peruano garantizar la dignidad de las personas reclusas en los centros penitenciarios, en las mismas condiciones que la de las personas libres. Esta aclaración la hace porque no pueden crearse barreras para la efectividad del derecho a la dignidad humana, definida por el TC en la resolución recaída en el Expediente n.º 02101-2011-PA/TC, del 5 de diciembre de 2012, que en el punto 4 hace referencia a la STC Expediente n.º 10087-2005-PA, que alude a que la dignidad es un valor que impide que la persona sea vista como un objeto del Estado, además de señalarle el hecho de que esta es un «dínamo y una fuente» de los derechos consagrados en la Constitución.

De la misma manera, en la citada resolución, se menciona expresamente a la STC Expediente n.º 02273-2005-HC, que no basta con la positivización de derechos, sino que, además, se debe «garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio»³.

Además, la misma Organización de las Naciones Unidas, a través de su Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, aprobó en el año 1977, mediante la Resolución 663 C (XXIV), las denominadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RM), conocidas como las Reglas de Nelson Mandela, y como primer orden establece que se debe tomar en cuenta de manera exigible la dignidad intrínseca de los internos como personas y seres humanos.

Vemos que la dignidad ocupa un alto grado de jerarquía sobre la base dogmática de la Constitución, la normativa internacional y que el mismo máximo intérprete de esta carta fundamental ha mencionado que no solo debe quedar en la norma, sino que debe

3 Según el caso Lid Beatriz vs. Gonzales Guerra, versado en el Expediente n.º 02101-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional, de fecha 5 de diciembre de 2012).

efectivizarse. ¿Se cumple esto en el tema de la reinserción social, o solo es una simple positivización que cobra otro significado en la realidad?

Un punto jurídicamente válido que se tiene que analizar es que la exigencia de implementar estos derechos para los internos, que incumbe la resocialización de este, es también una obligación convencional. Si no, veamos lo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manda en su artículo 10, tercer párrafo: «el sistema penitenciario incluirá el tratamiento de prisioneros cuyo objetivo esencial será su reforma y rehabilitación social».

La importancia de que este cuerpo de derecho internacional público lo mencione es que es de carácter vinculante incluso para nuestro país, y lo aún más alarmante es que, como se ha revisado en los primeros capítulos de este mencionado instrumento jurídico, nace en pro de la exigencia de las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En especial este pacto contiene normas de implementación inmediata, no progresiva y condicional, como lo hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con ello entonces podemos determinar que existe una responsabilidad del Estado peruano, pues está incumpliendo una norma de carácter internacional que ha ratificado con el Decreto Ley n.º 22128, del 28 de marzo de 1978, además de tener un sistema penitenciario en emergencia que no responde a sus fines, por lo que incumple normas internas y externas.

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, tenemos que la pena a través del tiempo ha sufrido una diferenciación dinámica en torno a su finalidad, desde las teorías retributivas que sostenían la incoación del mal al infractor, hasta lo que conocemos como las teorías relativas que guardan estrecho celo con la utilización de la pena no como un fin en sí mismo, sino como un medio para ejercer presión en

la sociedad, y para reinsertar al infractor a la sociedad. Asimismo, dentro de la concepción del sistema jurídico penitenciario peruano, se sabe que la finalidad es una de prevención general, como de prevención especial, acorde a lo que ha manifestado el mismo máximo intérprete de la Constitución.

En segundo lugar, vemos que para que se cumpla el fin de la pena en medio del sistema penitenciario, hace falta una herramienta trascendente, que se conoce como el tratamiento penitenciario, que funge de material necesario para desplegar actividades que sirvan, en el caso peruano, a la reinserción del reo. Esta se regula mediante el Código de Ejecución Penal y su reglamento. Asimismo, se ha verificado que tiene diferentes elementos que sirven para entablar un camino de mejora continua en el interno, al menos de manera normativa; tenemos entre ellos al trabajo, la salud, la educación y la asistencia penitenciaria, compuesta a su vez por la asistencia social, psicológica, legal y religiosa. En este mismo marco, el tratamiento penitenciario conlleva a desarrollar áreas especiales para la reeducación a través de los programas de tratamiento, que pueden ser estructurados o de medio libre.

Finalmente, del análisis jurídico comparativo entre las disposiciones normativas y la realidad podemos concluir que el fin de la pena de la reinserción del interno a la sociedad no se cumple. Antes bien, se vulneran normas que tienen que ver con el tratamiento penitenciario, pues la falta de recursos materiales y humanos hace que los elementos del tratamiento no funcionen de manera eficaz, sino solamente parcial. Ello se ha verificado con la alta tasa de reincidencia y de habitualidad de los internos en los últimos años y se ha contrastado con los parámetros de eficacia normativa de Bobbio, para aterrizar en que incluso se vulnera con todo ello instrumentos de derechos fundamentales y principios axiológicos constitucionales.

REFERENCIAS

- Arendt, H. (2007). *La condición humana*. EDUUY.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2015). *Programa de Tratamiento C. R. E. O. y F. O. C. O. S - Perú*. INPE.
- Bentham, J. (1830). *The rationale of punishment*. Prometheus Books.
- Burgoa, C. A. (2011). *La deóntica jurídica como clave en la interpretación de leyes fiscales*. UNAM.
- Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico (2015). *Perú: donde el ser humano es un medio y no un fin (el caso de los centros penitenciarios)*. PUCP.
- Custodio, G. (2016). *Teorías absolutas de la pena*. Universidad Ricardo Palma.
- Durán, M. (2011). *Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos*. Universidad de Salamanca.
- Feuerbach, P. (1847). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Guesen.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- López, L. (2014). *Apuntes sobre la prevención especial o individual de la pena*. Universidad de San Martín de Porres.
- Mir Puig, S. (1976). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Bosch.
- Morales, M. (2016). *La incidencia de la gestión privada de los establecimientos penitenciarios en la resocialización de los sentenciados a pena privativa de libertad efectiva desde una óptica del penal San Joaquín de Quillibamba*. Universidad Andina del Cusco.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*.

Platón (1910). *Discurso de Protágoras*. NoBooks.

Reyna, L. (2004). *Fundamentos de derecho penal económico*. Ángel Editor.

Rodríguez, D. (2019). *Teoría de la pena*. Eunomía.

Zaffaroni, E. R. (1997). La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo. *Themis. Revista de Derecho*, (35), 179-191.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4643

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS LÍMITES MATERIALES DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

The judicial review of the substance of constitutional
amendments in comparative constitutional law

EVELYN MILAGROS CHILO GUTIÉRREZ

Filiación institucional

(xxxxxx, xxxxx)

Contacto: evelynchilogutierrez@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1528-7716>

RESUMEN

El presente trabajo aborda un escenario particular de la clásica tensión entre constitucionalismo y democracia, aquella que propone la existencia de límites materiales a la potestad de reforma constitucional. La temática plantea sin duda una serie de perplejidades en torno a aspectos como la naturaleza jurídica de la potestad de reforma constitucional, la defensa de los límites materiales implícitos cuando el texto constitucional no los ha reconocido de forma explícita, la competencia y la legitimidad de las cortes constitucionales para su control, el parámetro normativo en mérito al cual se realizaría este control, entre otros. En tal contexto, este artículo propone brindar un análisis de dichas cuestiones a

partir del derecho comparado, exponiendo los casos de Alemania, Estados Unidos y Colombia, países que han brindado diferentes respuestas al tema de los límites materiales a la potestad de reforma constitucional en función de sus textos y sistemas constitucionales propios, y cuyos argumentos resultan de relevancia para la teoría constitucional.

Palabras clave: poder de reforma constitucional; límites materiales; control judicial; derecho comparado.

ABSTRACT

This paper addresses a particular scenario of the classic tension between constitutionalism and democracy, one that poses the existence of material limits to the power of constitutional reform. The subject undoubtedly raises a series of perplexities around some aspects such as the legal nature of the constitutional reform power. The essay analyzes the defense of implicit material limits when the constitutional text has not explicitly recognized them, the competence and legitimacy of the courts, the normative parameter in merit to which this control would be carried out, among others. In this context, this article proposes to provide an analysis of these issues based on comparative law, exposing the cases of Germany, the United States and Colombia, countries that have provided different answers to the issue of material limits in function of their own constitutional texts and systems, and whose arguments are relevant to constitutional theory.

Key words: power of constitutional reform; material limits; judicial review; comparative law.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

El tema que se aborda en el presente trabajo constituye una de las manifestaciones de la clásica tensión entre constitucionalismo

y democracia¹, pues una de las grandes problemáticas del constitucionalismo contemporáneo radica en la compatibilización de los principios de supremacía constitucional —asociada a su fuerza vinculante y su carácter de rigidez— y soberanía popular —vinculada, en este caso, a la predisposición y apertura al cambio que deben estar presentes en toda norma fundamental que mantenga cierta vocación de permanencia—.

En ese sentido, resulta evidente la incidencia de esta tensión en el grado de rigidez que suele predicarse de un texto constitucional. Como destacaba Gomes Canotilho (1993, pp. 147-148), la dicotomía planteada en la obra de Bryce (2015) sobre las constituciones *flexibles* y *rígidas*, posee en la actualidad un valor «tendencialmente arqueológico», toda vez que esta característica no se limita a verificar si las disposiciones constitucionales pueden ser modificadas a través de leyes ordinarias, sino que incluye además la problemática vinculada con la apertura temporal de las normas constitucionales (Gomes, 1993, p. 148)². Asimismo, Hesse (2012) resaltaba que el problema de la rigidez constitucional «se presenta como uno de coordinación “correcta” entre los caracteres de apertura y amplitud, de un lado, y fuerza vinculante de la Constitución, de otro» (pp. 49-50)³.

1 Entre otros, dan cuenta de esta problemática Keith E. Whittington (2005, pp. 116-141).

2 El autor entiende a la «apertura constitucional» en los siguientes términos: i) la Constitución contiene una regulación deliberadamente incompleta en aras de permitir y garantizar un espacio de libertad para el antagonismo, el compromiso y el consenso pluralísticos, esto es, apertura de las normas constitucionales que les permite ser concretizadas de forma renovada y cambiante; ii) texto constitucional susceptible de alteración formal, de acuerdo con las necesidades impuestas por la evolución política y social, es decir, la existencia de límites mayores o menores (mayorías calificadas, límites temporales o materiales) para la revisión del texto constitucional.

3 Precisamente en ese sentido, los debates referidos a los límites a la mutación constitucional, y de modo más genérico, a los límites a la interpretación constitucional, también forman manifestaciones de la tensión entre constitucionalismo y democracia.

En respuesta a este contexto de tensión entre estabilidad y dinámica constitucionales, la teoría constitucional ha desarrollado por un lado los límites a la interpretación constitucional, y, por otro, los límites a la potestad de reforma constitucional. En este artículo se abordarán estos últimos, específicamente los denominados límites materiales, que son aquellos referidos al control de aspectos sustantivos de la potestad de reforma constitucional, y que en ese sentido resultan particularmente polémicos en la teoría constitucional.

La temática plantea sin duda una serie de perplejidades en torno a aspectos como: i) la naturaleza jurídica de la potestad de reforma constitucional; ii) la defensa de los *límites materiales implícitos* cuando el propio texto constitucional no ha reconocido este tipo de límites de forma explícita; iii) la competencia y la legitimidad de las cortes constitucionales para su control; iv) el parámetro normativo en mérito al cual se realizaría este control, teniendo en cuenta el rango constitucional de las disposiciones que son materia de evaluación; entre otros.

En tal contexto, el presente artículo propone brindar un análisis de estas cuestiones a partir del derecho comparado, exponiendo los casos de Alemania, Estados Unidos y Colombia, países que han brindado diferentes respuestas al tema de los límites materiales a la potestad de reforma constitucional en función de sus textos y sistemas constitucionales propios, y cuyos argumentos resultan de relevancia para la teoría constitucional.

2. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES MATERIALES EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. ALEMANIA

Según el estudio de derecho comparado realizado por Contiades y Fotiadou (2016), el funcionamiento de la fórmula de enmienda en Alemania reivindica un modelo pragmático de cambio constitucional, puesto que el procedimiento de reforma constitucional

se configura como el mecanismo ordinario de cambio constitucional, y la judicatura constitucional asume un rol importante, pero de carácter complementario. En ese sentido, autores como Arnold (1992) consideran al texto constitucional como un documento relativamente flexible, sin perjuicio de lo cual el constituyente alemán ha reconocido un listado de límites materiales expresos al poder de reforma constitucional en su artículo 79, inciso 3⁴.

Es decir que si bien sus requisitos formales no son difíciles de cumplir para su práctica política, se establecen cláusulas de intangibilidad como límites a esta potestad. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha reconocido su condición de último intérprete de la Constitución, capaz de efectuar el control abstracto de constitucionalidad, incluso sobre leyes de reforma constitucional⁵.

4 Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental]

(1) La Ley Fundamental solo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat. (Límites formales)

(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20. Estas últimas disposiciones están referidas al principio de la dignidad humana y la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (artículo 1), así como la fórmula política de Alemania, la de un Estado federal democrático y social de Derecho, y los principios de soberanía popular y supremacía constitucional.

5 Decisiones del 15 de diciembre de 1970, 23 de abril de 1991, 18 de abril y 14 de mayo de 1996, y 3 de marzo de 2004, en las que se procedió a la revisión de leyes de reforma constitucional mencionadas en Gözler (2008).

Entre los casos paradigmáticos de control constitucional de leyes de reforma constitucional destacan los siguientes (Gözler, 2008, pp. 56-63):

- **Caso Klass (15 de diciembre de 1970)**. Este caso se dio con motivo de la reforma constitucional formulada el 24 de junio de 1968 al artículo 10 de la Constitución, el cual reconoce el derecho al secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, y que sus restricciones solo podrán ser ordenadas por una ley. El texto incorporado dispuso lo siguiente:

Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo.

Es decir, esta enmienda habilitó la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones con la finalidad de garantizar la seguridad nacional y la democracia. Asimismo, reemplaza el control judicial de la afectación a este derecho por un control de carácter parlamentario.

La enmienda constitucional fue impugnada ante el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Klass, el cual confirmó su constitucionalidad al considerar, por mayoría, que no resultaba contraria a los principios inmutables de la Ley Fundamental, como la dignidad humana, la separación de poderes y el Estado de derecho, enumerados en el artículo 79 (3). Así, se consideró que la determinación de una disposición como lesiva de la dignidad humana no puede darse en el marco de una regulación general, sino a partir del análisis de circunstancias específicas, toda vez que una norma que establezca alguna restricción a la libertad de un ciudadano, aún sin su conocimiento, no resulta lesiva de la dignidad humana *per se*. Asimismo, se consideró que el reemplazo del control judicial de la medida por un control a través de un

órgano designado por el Parlamento configura una garantía suficiente para la dignidad y el principio de separación de poderes.

En conclusión, para el sector mayoritario de la precitada corte, el artículo 79 (3) no constituye una prohibición general al legislador para realizar cualquier modificación a los principios constitucionales básicos, sino que se limita a prohibir la eliminación de la esencia del orden constitucional, por medio, por ejemplo, del establecimiento de un régimen totalitario a través de la reforma constitucional.

Finalmente, en el presente caso concurrieron tres votos disidentes, los cuales consideraron que la enmienda constitucional resultaba contraria a los límites materiales establecidos en el artículo 79 (3), pues la intervención secreta de la esfera privada de cualquier persona (no solo de los enemigos de la democracia), así como la eliminación del recurso a los tribunales para su control, implica un tratamiento del ser humano como objeto y no como un fin en sí mismo, es decir, vulnera los principios de dignidad humana (artículo 1) y protección jurídica individual que se derivan, a su vez, del principio de «separación de poderes» [artículo 20 (2)]⁶.

- **Caso de vigilancia acústica de viviendas (3 de marzo de 2004).** El presente caso tuvo como origen la reforma al artículo 13 (3) de la Ley Fundamental de Bonn, realizada el 26 de marzo de 1998. La nueva redacción del artículo 13 (3)⁷ habilitaba a la fiscalía a que, en la persecución de un hecho

6 Un resumen del caso se encuentra en inglés en Murphy y Tanenhaus (1977, pp. 659-665).

7 Artículo 13 (3). Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

delictivo, y sobre la base de una orden judicial, pueda recurrir al uso de los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las que presumiblemente se encontrara el inculgado.

Los demandantes argumentaron que esta disposición vulneraba el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio vinculada, en este caso, al principio de dignidad humana. El Tribunal Constitucional alemán en mayoría rechazó este argumento y consideró que la vigilancia acústica de viviendas *in abstracto* no afectaba la dignidad humana; por lo que resultaba acorde con el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental. En ese sentido, se precisó que la interpretación del artículo 13 (3) debía ser restrictiva, es decir, que los investigadores estaban autorizados a vigilar el contenido de una conversación siempre que la información descubierta no toque la esfera puramente personal (todavía absolutamente protegida). Asimismo, se asumió que el requerimiento de una autorización judicial, así como las limitaciones establecidas en la norma (delito grave, que los medios alternativos no resulten eficientes, límite de tiempo) buscaban garantizar un control efectivo por parte de un ente independiente⁸.

En la misma sentencia se advierten, sin embargo, votos en discordia de los magistrados que consideraron que la reforma era inconstitucional, entre otras, por las siguientes razones:

- a) Si para clasificar una situación lesiva al núcleo de lo absolutamente protegido de la configuración privada de la vida, se exigiera una comprobación concreta en cada caso, esto tendría como consecuencia que al principio siempre debería tolerarse una intervención en este núcleo, lo cual quiere precisamente impedir el art. 79 (3) LF. Por lo que, en aras de proteger la posibilidad de un libre desenvolvimiento personal, debe presumirse, por lo menos para el caso de las viviendas privadas, que cuando en ellas el inculgado se

⁸ Véase el resumen en inglés de la sentencia en Stender-Vorchaws (2004).

encuentre solo, con parientes o con personas de evidente estrecha confianza, está usando el espacio para comunicaciones personalísimas.

- b) Si bien se prevé una serie de limitaciones a su ejercicio, no se advierten restricciones que puedan asegurar una adecuada protección del núcleo intangible de la configuración privada de la vida.
- c) El art. 79 (3) LF está destinado a repeler, desde el principio, el desmantelamiento de las posiciones de derechos fundamentales constituidas sobre los principios de Estado de derecho o que sirven para asegurar la dignidad humana; no está destinado a intervenir solo cuando el Estado de derecho esté a punto de verse completamente derogado o cuando la dignidad humana ya no vaya a recibir ninguna protección, pero para que este límite pueda oponerse a un desmontaje paulatino de los pilares básicos de nuestra Constitución, las modificaciones constitucionales deben ser tomadas al pie de la letra, pues el art. 79 (3) LF no ofrece ningún margen para una interpretación conforme a la Constitución⁹. Por último, se destaca en el referido voto singular el expreso reconocimiento de naturaleza suprapositiva al contenido de la cláusula de intangibilidad y a la competencia del Tribunal Federal para medir las reformas del texto constitucional positivo.

2.2. ESTADOS UNIDOS

Este país cuenta con una fórmula de enmienda estricta junto a una judicatura constitucional fuerte que cumple un rol fundamental en la evolución constitucional. La primera Constitución de Estados Unidos de 1787 se mantiene vigente y su texto ha sido enmendado en veintisiete oportunidades; ahora bien, la actualización del texto constitucional no proviene únicamente de tales enmiendas, sino también de su *canon operacional*, que

9 Véase el resumen de la sentencia en Aláez y Álvarez (2008, pp. 104-217).

según precisa Bruce Ackerman está integrado por estatutos clave y los superprecedentes judiciales¹⁰.

La cláusula que regula el procedimiento de enmienda en la Constitución de los Estados Unidos es el artículo V, el cual establece los siguientes requisitos:

- La propuesta de enmendar la Constitución puede ser presentada por el Congreso, a través del acuerdo de los dos tercios de sus dos cámaras, o bien a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados.
- La validez de las enmiendas propuestas se encuentra sujeta a la ratificación por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de estos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de ratificación.
- Antes del año 1808 no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero (referidas a la regulación de la migración e importación de esclavos).
- A ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

Más allá de los requisitos formales para la propuesta y la ratificación de las enmiendas, se advierten dos aspectos sustantivos que el constituyente estadounidense quiso resguardar del poder de enmienda constitucional: i) la prohibición de plantear reforma alguna (antes de 1808) sobre ciertas disposiciones referidas a migración e importación de esclavos; y ii) la premisa según la cual ninguna enmienda podría estar dirigida a privar a algún Estado de la igualdad de voto que le correspondía en el Senado.

Al respecto, es importante anotar que si bien la doctrina norteamericana no plantea una teoría que afirme la existencia de límites materiales al poder de enmienda en su texto constitucional

¹⁰ El artículo fue publicado originalmente en *Harvard Law Review*, 120(7), del 2007.

(al menos no con esa denominación), en su artículo *The limitations upon the amending power*, publicado en 1920, Marbury asumió que el mencionado artículo V delimita las posibilidades materiales de actuación del poder de enmienda, las cuales terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión. En ese sentido, tras desarrollar ciertos argumentos referidos a la presunta inconstitucionalidad de las enmiendas 18 (prohibición de fabricación, venta o transporte de bebidas alcohólicas en territorio estadounidense) y 19 (derecho al sufragio femenino) de la Constitución, por considerar que su procedimiento de aprobación fue lesivo de la autonomía legislativa interior de los Estados, sostiene que «el poder de enmienda de la Constitución no incluye el poder de destruirla», pues el objetivo del pueblo de los Estados Unidos, como se expresa en su preámbulo, fue el de «consolidar una Unión perfecta» de los Estados (Marbury, 1919-1920, p. 225)¹¹. Asimismo, asume que el ente encargado de resguardar estos aspectos materiales sería la Corte Suprema en su condición de intérprete final de la Constitución.

En respuesta a esta tesis, Frierson considera que la Constitución ha confiado al Congreso, y no a las Cortes, el deber de determinar cuáles son las enmiendas necesarias, así que la única cuestión que podría ser planteada ante una corte es aquella

11 Es interesante mencionar los comentarios formulados por Edouard Lambert (1921, p. 128) sobre el artículo de Marbury: considera que el autor se esfuerza en demostrar que las enmiendas 18 (prohibición de fabricación, venta o transporte de bebidas alcohólicas en territorio estadounidense) y 19 (derecho al sufragio femenino) no aportan simples retoques al mecanismo constitucional, sino que minan las bases federalistas de la Constitución, usurpando la autonomía legislativa interior garantizada a los Estados en 1787-1789 como la condición *sine qua non* para su entrada en la Unión. Ahora bien, como contraposición, analiza el ejemplo de las enmiendas que cierran la guerra de Secesión y que, a pesar de un manejo mucho menos correcto del procedimiento han abierto grandes brechas en el muro de la independencia legislativa de los Estados; sin embargo, se encuentran, de hecho, garantizadas por la consagración del tiempo. Finalmente, concluye que las enmiendas 18 y 19 son los resultados de un exceso de poder cometido por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados, que debería ser reprimido por la Corte Suprema Federal.

referida a determinar si el Congreso ha emitido su juicio de conformidad con dicha delegación. Sostener que las cortes pueden nulificar una enmienda constitucional, propuesta y ratificada por la vía regular, al considerar que la enmienda no es necesaria o adecuada, o que no fue imaginada por los autores de la Constitución, implicaría agregar al texto del artículo V el requisito de que la enmienda también sea aprobada por la Corte Suprema (Frierson, 1920, citado por Lambert, 1921, pp. 129-135)¹².

Este debate ha generado abundante literatura constitucional en Estados Unidos, y lleva incluso a autores como De Vega (1985, p. 259) a sostener que el estudio de este país no resulta de utilidad para el análisis de límites a la enmienda constitucional¹³; sin embargo, la casuística que reporta la Corte Suprema da cuenta de la necesidad que tuvieron algunos Estados y ciudadanos de acudir a este órgano cuestionando la validez de determinadas enmiendas constitucionales por estimarlas contrarias a principios fundamentales de su orden constitucional. Así, por ejemplo, Rodríguez sostiene que si bien «el sistema estadounidense no es el ejemplo que consagra cláusulas de intangibilidad al estilo europeo»; ello no obsta la posibilidad del control constitucional material en dicho ordenamiento jurídico, pues este se encontraría vinculado a la noción de *higher law* que irradia su influencia en la norma suprema¹⁴.

12 Para Lambert, el argumento de Frierson no tendría mayor repercusión, puesto que es el mismo que se suele plantear para cuestionar el control constitucional de leyes ordinarias, pero que como es bien sabido no ha prosperado. De los casos planteados ante la Corte Suprema, Lambert entiende que la Corte ha asumido competencia para evaluar la constitucionalidad de las enmiendas. Si bien en sus decisiones la Corte ha sido enfática en restringir su análisis a las cuestiones de procedimiento y no así a los cuestionamientos sustantivos, el autor considera que los tribunales no han renunciado nunca a extenderla.

13 El autor fundamenta su cuestionamiento en dos ideas básicas: que se trata de la Constitución más antigua del mundo, donde los planteamientos de la reforma y de sus límites no aparecen, y el singular carácter del sistema a la hora de definir al poder constituyente, en el cual la separación entre poder constituyente y poder de reforma, tanto política como jurídicamente, resulta difícil de realizar.

14 En ese sentido, coincidimos con Roberto Rodríguez Gaona (2006, pp. 123 y 132).

Entre los casos paradigmáticos destacan los siguientes¹⁵:

- **Hollingsworth v. Virginia (1798)**. Como advierte Dellinger (1983), este caso pone en evidencia que en los Estados Unidos, la revisión judicial de las enmiendas constitucionales precedió a la revisión judicial de las leyes establecida en la célebre *Marbury v. Madison* (1803). En el caso materia de análisis se argumentó que la Undécima Enmienda¹⁶ no fue adoptada de conformidad con la Constitución (artículo I.7.3) porque «nunca se presentó al presidente para su aprobación». La Corte Suprema rechazó este argumento al sostener que «la negativa del presidente solo se aplica para los casos ordinarios de la legislación»; empero, no para la proposición o adopción de las enmiendas a la Constitución. Así, la Corte Suprema validó la constitucionalidad de la enmienda impugnada al entender que la intervención del presidente solo resulta exigible para la legislación ordinaria, mas no para las enmiendas constitucionales.
- **Hawke v. Smith (1920)**. El caso surgió a propósito de la ratificación de la enmienda décimo octava¹⁷, referida a la prohibición de la fabricación, venta y transporte de bebidas alcohólicas. La controversia abordó dos aspectos importantes: la participación de las legislaturas de los Estados en la

15 Los resúmenes de los casos que se mencionan a continuación se encuentran en Roberto Rodríguez Gaona (2006, pp. 37-58).

16 El texto de la enmienda es el siguiente: «El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero».

17 Según esta enmienda: «1. Un año después de la ratificación de este artículo quedará prohibida por el presente la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de los Estados Unidos y de todos los territorios sometidos a su jurisdicción, así como su importación a los mismos o su exportación de ellos, con el propósito de usarlos como bebidas. 2. El Congreso y los diversos Estados poseerán facultades concurrentes para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas. 3. Este artículo no entrara en vigor a menos de que sea ratificado con el carácter de enmienda a la Constitución por las legislaturas de los distintos Estados en la forma prevista por la Constitución y dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a los Estados».

ratificación de una enmienda, así como el efecto que las disposiciones constitucionales locales pueden tener en el procedimiento del artículo V de la Constitución, en concreto, si un Estado podía o no someter a referéndum la ratificación de una enmienda. En cuanto al método de ratificación, la Corte indicó que ese poder fue específicamente concedido por la Constitución a favor del Congreso, por lo que «no es la función de las cortes o de los cuerpos legislativos, nacionales o estatales, alterar el método que la Constitución ha determinado». En tal sentido, el fallo precisó que el referéndum —como procedimiento de ratificación de una enmienda constitucional— no resultaba improcedente sin más, sino que los preceptos sobre el rito de los actos legislativos estatales no eran aplicables a dicho proceso de ratificación, por lo que ratificó la validez de la enmienda constitucional.

- **Leser v. Garnett (1922)**. En este caso se impugnó la enmienda décimo novena¹⁸, que reconocía el derecho al sufragio femenino en Estados Unidos. Oscar Leser y otros solicitaron la remoción del registro de las ciudadanas Cecilia Street Waters y Mary D. Randolph como votantes en la ciudad de Baltimore, bajo el argumento de que la Constitución de Maryland limitaba el sufragio a los hombres y las solicitantes eran mujeres. Si bien se plantean algunas cuestiones procedimentales, lo interesante de este caso es el cuestionamiento sustantivo que se hizo a la enmienda, según el cual esta contravenía la autonomía del electorado como cuerpo político, pues el Estado de Maryland rechazó su ratificación en su oportunidad. Al respecto, la Corte Suprema consideró que la Enmienda XIX presentaba un texto bastante similar a la Enmienda XV¹⁹, «una no puede ser válida y la otra

18 Según la Enmienda XIX: «1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas».

19 Artículo XV. «1. Ni los Estados Unidos, ni ningún otro Estado, podrán desconocer ni menoscabar el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos

inválida», por lo que la Enmienda XIX también es válida aún cuando no haya mediado el consentimiento del Estado. Es importante precisar que para el momento en que la Corte resolvió el caso, la enmienda cuestionada contaba con el número suficiente de ratificaciones para su validez, razón por la cual, la Corte se limita a garantizar su permanencia en la Constitución.

- **Coleman v. Miller (1939)**. Con este polémico caso se incorpora una nueva teoría al control jurisdiccional de las enmiendas constitucionales en la Corte Suprema. El caso surge a propósito del trámite para la ratificación de la enmienda del trabajo infantil en el Estado de Kansas (esta enmienda no llegó a formar parte de la Constitución). Veinte senadores votaron a favor y veinte en contra de su ratificación. Decidió el empate a favor de la enmienda el vicegobernador, como funcionario que presidía el Senado. Los senadores vencidos impugnaron el voto del vicegobernador y buscaron, a través de un *writ of mandamus*, obligar al secretario del Senado a borrar la aprobación, así como impedir la firma de la resolución por parte de los funcionarios del Senado y la Cámara de Diputados. Lo novedoso en el análisis que plantea la Corte radica en el desarrollo de la doctrina de las *political questions* para desestimar algunos de los cuestionamientos formulados al proceso de ratificación. Así, precisó lo siguiente:

[...] la cuestión de la eficacia de las ratificaciones por parte de las legislaturas estatales, a la luz de un rechazo previo o de un intento de retirar el consentimiento, debe ser considerado como una cuestión política [...] con la autoridad final del Congreso en el ejercicio del control sobre la promulgación de la adopción de una enmienda.

[...] la cuestión de un tiempo razonable en muchos casos implicaría, como en este caso, una valoración de una gran variedad

por motivo de raza, color o de su condición anterior de esclavos. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas».

de condiciones relevantes, políticas, sociales y económicas [...]. Las cuestiones que implican son esencialmente políticas y no justiciables [...].

Este polémico caso propició un intenso debate entre Walter Dellinger y Laurence H. Tribe, quienes a través de diversos artículos académicos manifestaron sus posiciones a favor y en contra del control judicial de las enmiendas constitucionales, respectivamente.

Dellinger considera que el precedente genera un mundo maravilloso de incertidumbre (*a wonderland of uncertainty*), ya que la decisión del Congreso no resolvería definitivamente la incertidumbre de enmiendas futuras, pues no tendría peso como precedente. La revisión judicial, por el contrario, garantiza un proceso de enmienda más cierto y predecible (Dellinger, 1983a, pp. 386-432).

Tribe, por otro lado, parte de la premisa de que en ningún caso precedente la Corte ha afirmado su competencia para invalidar enmiendas «poco apropiadas». En ese sentido, no considera que la Corte sea menos apta que el Congreso para buscar el consenso contemporáneo; sin embargo, el criterio de conveniencia de la enmienda no debería ser elaborado o aplicado por las cortes, ya que subordinaría inequívocamente el proceso de enmienda al sistema legal que pretende dejar de lado (Tribe, 1983).

En respuesta, Dellinger considera que el argumento planteado por Tribe no tiene precedente alguno en la historia del proceso de enmienda. La mayoría de enmiendas no ha tenido ese fin. Asimismo, precisa que comparte la opinión de que la revisión judicial no sería procedente para controlar los méritos de una enmienda, pero el importante objetivo de contar con reglas claras para determinar la validez de una enmienda constitucional no queda satisfecho con un mecanismo politizado para resolver las disputas (Dellinger, 1983b).

2.3. COLOMBIA

La Constitución colombiana regula su proceso de reforma constitucional en sus artículos 241.1²⁰ y 377²¹. Del texto de ambas disposiciones se advierte que el constituyente colombiano asignó de forma explícita a la Corte Constitucional la competencia para la revisión de actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

Ahora bien, la redacción de estas disposiciones no ha impedido que la precitada Corte reconozca, bajo la fórmula de «límites competenciales», la existencia de ciertos límites materiales implícitos en su norma fundamental²², como se expondrá a continuación:

- **Sentencia C-551 de 2003.** En esta decisión la Corte efectuó el control previo y automático de la Ley 796 de 2003, ley ordinaria que convocaba al pueblo para que se pronuncie en un referendo sobre la posibilidad de reformar la Constitución²³. Es el primer pronunciamiento de la Corte que establece los «límites competenciales» del Congreso cuando

20 Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

21 Artículo 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías [Derechos Fundamentales], a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

22 Tema abordado y desarrollado por Mario Alberto Cajas Sarria (2004).

23 Si bien fue una ley ordinaria la que fue materia de control constitucional en este caso y no un acto legislativo que reforma la Constitución, lo trascendente del caso fue lo establecido por la Corte respecto a los límites competenciales de la reforma constitucional y la categoría de sustitución de la Constitución.

ejerce su facultad de reforma constitucional, en virtud de los cuales el Congreso puede *reformular* la Constitución, pero no *sustituirla*.

Para la Corte, la extralimitación de la facultad de reforma constitucional configuraría un vicio de procedimiento que la obliga a ejercer su control. En ese sentido, las demandas contra actos legislativos de reforma requieren la demostración de los cargos por parte del accionante. El fallo determina que la facultad de reforma constitucional está limitada por la Constitución y que así la Constitución Política de 1991 no contenga cláusulas pétreas o inmodificables explícitas, el constituyente tampoco autorizó la *sustitución* de la Constitución, sino su reforma. Asimismo, la Corte precisa que el control de «límites competenciales» no equivale a un examen de fondo en torno al contenido del acto reformatorio, sino que se trata de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de aprobar la reforma.

En la sentencia no se precisa un método de análisis y/o estructura de razonamiento que permita identificar un caso de sustitución de la Constitución, solo se recurre a planteamientos generales y a ejemplos de lo que sería una sustitución de la Constitución (Estado social y democrático de derecho, la forma republicana de gobierno) (Cajas, 2004, pp. 27-30).

- **Sentencia C-816 de 2004.** En este caso, la Corte evaluó la constitucionalidad del Acto Legislativo n.º 2 de 2003 («estatuto antiterrorista»), que reformó algunas disposiciones de la Constitución con la finalidad de enfrentar el terrorismo. El debate en la Corte buscó inicialmente establecer si existió extralimitación del Congreso al ejercer la potestad reformadora; sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo, por lo que se limitó a evaluar los posibles vicios de procedimiento en su aprobación. Tras considerar que en el caso concurrió una irregularidad en el procedimiento de aprobación del informe de ponencia previo a la votación del

articulado de reforma, la Corte asumió que tal motivo hacía innecesario que se pronuncie sobre los demás cuestionamientos. Según Cajas (2004), la Corte optó por aplicar la tesis del *minimalismo constitucional*, desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos en aquellos casos en los que los jueces *deciden sobre lo que debería dejarse sin decir* (pp. 34-36).

- **Sentencia C-970 de 2004**²⁴. En la presente sentencia se establece por primera vez un método de análisis para el ejercicio del control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se denuncia que un acto legislativo de reforma constitucional habría incurrido en presunta sustitución de la Constitución. El método se planteó en los siguientes términos:
 - a) Es un juicio sobre la competencia del órgano encargado de aprobar la reforma.
 - b) Requiere enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que habrían sido sustituidos por el acto reformativo.
 - c) Debe ser un enunciado específico (elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución y que configura su identidad).
 - d) El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican la Constitución.

²⁴ La demanda fue planteada en contra del inciso 2 del artículo 4 transitorio del Acto Legislativo n.º 03 de 2002. La reforma fijaba un plazo para que el Congreso expidiera las leyes correspondientes a la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio y otros, o de lo contrario se otorgaban facultades legislativas extraordinarias al presidente de la República para expedir los cuerpos normativos correspondientes. Se trató de un caso polémico, toda vez que la sentencia contó con 5 votos a favor de la constitucionalidad del acto reformativo y 4 en contra (por considerar que el plazo concedido al legislador era muy corto para el cumplimiento adecuado de su función).

e) Se verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.

En este caso la Corte consideró que no se produjo la presunta sustitución específica de la Constitución porque el acto reformativo establecía una delegación extraordinaria de facultades legislativas al presidente sí y solo sí el Congreso no ejercía su función legislativa dentro del plazo fijado; por lo que dicha delegación extraordinaria no era lesiva del principio de separación de poderes (Cajas, 2004, pp. 38-41).

- **Sentencia C-141 de 2010.** En este caso el presidente de la República envió a la Corte Constitucional copia auténtica de la Ley 1354 de 2009²⁵, por medio de la cual se pretendía convocar a un referendo constitucional para someter a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional sobre reelección presidencial, a fin de que la Corte proceda al control automático y preventivo.

El análisis de la sentencia es bastante extenso y tras aplicar el denominado *test de sustitución* de la Constitución, la Corte consideró que la ley materia de control implicaba un quebrantamiento de la Constitución, puesto que habilitar un tercer período de gobierno consecutivo afectaba gravemente el principio de alternancia en el gobierno, el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de las diversas candidaturas, el principio de separación de poderes, entre otros principios constitucionales que forman parte de la identidad constitucional colombiana²⁶.

25 La iniciativa fue planteada por el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. El texto de la norma establecía: «Artículo 1. El inciso 1.º del artículo 197 de la Constitución Política quedará así: “Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período”. Aprueba usted el anterior inciso. Sí: () No: () Voto en blanco: (). Artículo 2. La presente ley regirá a partir de la fecha de su promulgación».

26 Es importante destacar que la Corte reitera la precisión establecida en la Sentencia C-1040 de 2005, en la cual concluyó que la posibilidad de la reelección inmediata

3. CONCLUSIONES

- La cuestión del control judicial de los límites materiales a la potestad de reforma constitucional constituye un escenario particular de la clásica tensión entre constitucionalismo y democracia. La temática plantea una serie de perplejidades en torno a la naturaleza jurídica de la potestad de reforma constitucional, la defensa de los límites materiales implícitos cuando el texto constitucional no los ha reconocido de forma explícita, la competencia y la legitimidad de las cortes constitucionales para su control, el parámetro normativo en mérito al cual se realizaría este control, entre otros. El derecho comparado ha brindado diferentes respuestas a esta problemática en función de sus textos y sistemas constitucionales propios, por lo que su estudio resulta relevante para la teoría constitucional.
- En Alemania, que cuenta con un *modelo pragmático* de cambio constitucional, el procedimiento de reforma constitucional es el mecanismo ordinario de cambio constitucional; sin perjuicio de ello, el constituyente alemán ha reconocido un listado de límites materiales explícitos a la potestad de reforma constitucional en el artículo 79, inciso 3 (sistema federal, principio de dignidad humana, democracia, soberanía popular, entre otros), de su Ley Fundamental.
- Si bien la Constitución alemana no reconoce textualmente la competencia del Tribunal Constitucional Federal para el control constitucional de las enmiendas que sobrepasen estos límites materiales, el referido Tribunal ha asumido dicha competencia, pues de lo contrario la efectividad de tales límites carecería de garantía alguna pese a la voluntad constituyente de exigir su vinculación y respeto.

del presidente en ejercicio no sustituía la Constitución, en tanto se admitía por una sola vez, de modo que un presidente no podría ejercer la primera magistratura de la nación por un lapso superior a los ocho (8) años, que equivalen a dos períodos presidenciales.

En ese sentido, destacan dos polémicos pronunciamientos en los cuales el Tribunal validó dos leyes de reforma constitucional referidas a medidas estatales implementadas para combatir el crimen organizado. En ambos casos se cuestionaban graves restricciones al secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones (1970), y a la inviolabilidad de domicilio; sin embargo, el Tribunal asumió que el artículo 79.3 de la Constitución merece una interpretación restrictiva, ya que es una excepción a la regla general.

- En Estados Unidos, prima el *modelo evolutivo* de cambio constitucional, pues cuenta con una fórmula de enmienda estricta junto a una judicatura constitucional fuerte que cumple un rol fundamental en la evolución constitucional. La revisión judicial de las enmiendas constitucionales en Estados Unidos derivó de su propio sistema de *judicial review*; de forma tal que el primer caso en que se cuestionó la vigencia de una enmienda constitucional *Hollingsworth vs. Virginia* (1798) fue previo al caso paradigmático de *Marbury vs. Madison* (1803), que reconoció el control judicial de las leyes ordinarias.
- La doctrina norteamericana no plantea una teoría que afirme la existencia de límites materiales al poder de enmienda en su texto constitucional (al menos no con esa denominación); sin embargo, en su texto *The limitations upon the amending power*, publicado en 1920, *Marbury* asumió que el artículo V delimita las posibilidades materiales de actuación del poder de enmienda, las cuales terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión.
- Según el último caso que conoció la Corte Suprema, *Colleman vs. Miller*, el control constitucional de enmiendas constitucionales plantea esencialmente una *political question*, por lo que la Corte carecería de competencia para efectuar control alguno. Este criterio ha dado lugar a un intenso debate académico sobre la necesidad de que la Corte sea el árbitro final en el procedimiento de enmienda constitucional.

- En Colombia, se advierte un *modelo híbrido* de cambio constitucional, toda vez que si bien se establece un procedimiento de reforma relativamente flexible; sin embargo, la Constitución prevé un procedimiento agravado para reformas constitucionales que versen sobre afectación a derechos fundamentales, entre otras materias. Asimismo, reconoce explícitamente la competencia de su Corte Constitucional para realizar el control judicial de reformas constitucionales por vicios de procedimiento, situación que ha sido complementada por dicha Corte en su reiterada jurisprudencia, al precisar que este control abarca cualquier vulneración de «límites competenciales», ya que el poder de reforma carece de competencia para sustituir algún elemento que forme parte de la identidad constitucional colombiana.
- La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado un «test de sustitución de la Constitución», como herramienta metodológica para determinar si algún acto legislativo de reforma vulnera algún elemento que forme parte de su identidad constitucional. El esquema de argumentación presenta los siguientes pasos:
 - a) Requiere enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que habrían sido sustituidos por el acto reformativo.
 - b) Debe ser un enunciado específico (elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución y que configura su identidad).
 - c) El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican la Constitución.
 - d) Se verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.
- Del análisis de la experiencia comparada, se advierten coincidencias respecto a la necesidad de contar con un ente de cierre

en los procedimientos de reforma o enmienda constitucional, es decir, que consideran a la potestad de reforma constitucional como una competencia limitada en tanto ha sido delegada por el poder constituyente. La competencia para enmendar la Constitución no puede asumirse como potestad para destruirla.

- En países como Alemania, donde el texto constitucional reconoce límites materiales a la potestad de reforma constitucional de forma explícita, no se cuestiona su fuerza normativa ni su garantía. Los cuestionamientos se presentan en aquellos países cuya Constitución guarda silencio; en estos casos se plantea el debate sobre la posible existencia de límites materiales implícitos. En Colombia, la Corte Constitucional parece haber acogido esta formulación de límites materiales implícitos, pues si bien los denomina «límites competenciales», en la práctica, funcionan como límites materiales, tal como se advierte de la aplicación del test de sustitución desarrollado en su jurisprudencia.
- Respecto al órgano que debe ser el encargado de ejercer este control, se advierte que la respuesta a esta cuestión dependerá del funcionamiento propio de cada sistema constitucional. En Alemania y Estados Unidos, la competencia de sus respectivas cortes constitucionales derivó de su competencia general para el control judicial de los actos expedidos por otros poderes del Estado. Sin perjuicio de ello, cada país presenta sus propios matices, el Tribunal Federal alemán ha sido enfático en indicar que su intervención en el procedimiento de reforma constitucional es excepcional; mientras que la Corte Suprema estadounidense, en su último pronunciamiento sobre control de enmiendas constitucionales, ha precisado que carece de competencia para efectuar control alguno por tratarse de una *political question*. Finalmente, en Colombia, la competencia de la Corte Constitucional derivó de una interpretación complementaria (que incorpora los límites competenciales) de su texto constitucional, que ya reconocía su competencia para el control de vicios de procedimiento.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). La Constitución viva. *Themis. Revista de Derecho*, (55), 29-75.
- Aláez, B. y Álvarez, L. (2008). *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arnold, R. (1992). La Reforma Constitucional en Alemania. *Revista de Derecho Político*, (37), 373-384.
- Bryce, J. (2015). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cajas, M. A. (2004). La reforma constitucional. Límites de la Corte al Congreso. *Precedente. Revista Jurídica, Anuario Jurídico*, 13-48.
- Contiades, X. y Fotiadou, A. (2016). Models of constitutional change. En Contiades, X. (ed.), *Engineering constitutional change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA* (pp. 417-468). Routledge.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- Dellinger, W. (1983a). The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process. *Harvard Law Review*, 97(2), 386-403.
- Dellinger, W. (1983b). Constitutional politics: a rejoinder. *Harvard Law Review*, 97(2), 446-450.
- Gomes, J. J. (1993). *Direito Constitucional*. Almedina.
- Gözler, K. (2008). *Judicial review of constitutional amendments. A comparative study*. Ekin Press.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional* (P. Cruz Villalón et al., trads.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lambert, E. (1921). *El gobierno de los jueces*. Tecnos.

- Marbury, W. L. (1919-1920). The limitation upon the amending power. *Harvard Law Review*, 33(2), 223-235.
- Murphy, W. F. y Tanenhaus, J. (1977). *Comparative constitutional law: cases and commentaries*. St. Martin's Press.
- Rodríguez, R. (2006). *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Dykinson.
- Stender-Vorchaws, J. (2004). The Decision of the *Bundesverfassungsgericht* of March 3, 2004, concerning Acoustic Surveillance of Housing Space. *German Law Journal*, 5(11), 1337-1348.
- Tribe, L. H. (1983). A constitution we are amending. In defense of a restrained judicial role. *Harvard Law Review*, 97(2), 433-445.
- Whittington, K. E. (2005). Judicial review and interpretation: have the courts become sovereign when interpreting the Constitution? En Hall, K. L. et al., *The judicial branch* (pp. 116-141). Oxford University Press.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4641

BICENTENARIO Y GOBERNABILIDAD: ¿ASAMBLEA CONSTITUYENTE O REFORMA CONSTITUCIONAL?

The Bicentennial and governance: Constituent
Assembly or constitutional reform?

RENZO CHIRI MÁRQUEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: renzo.chiri@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1444-1520>

RESUMEN

En el marco de las recientes elecciones generales y en el contexto de la conmemoración del bicentenario de la República, se ha producido un intenso debate jurídico y político entre los partidarios de avanzar hacia una Asamblea Constituyente que renueve íntegramente la carta fundamental, y los defensores de introducir reformas parciales a la vigente Constitución de 1993 a través de los mecanismos establecidos en esta para tal fin. El presente artículo explora las ventajas, las limitaciones y los peligros de ambas vías. Del mismo modo, propone un conjunto de reformas constitucionales teniendo siempre como objetivo la necesidad de conservar las condiciones esenciales para

la gobernabilidad democrática y el fortalecimiento de los derechos fundamentales en el Perú del siglo XXI.

Palabras clave: bicentenario; gobernabilidad democrática; Asamblea Constituyente; reformas constitucionales; derechos fundamentales.

ABSTRACT

In the framework of the recent general elections and in the context of the commemoration of the bicentennial of the Republic, there has been an intense legal and political debate among those in favor of moving towards a Constituent Assembly that fully renews the fundamental charter; and the defenders of introducing partial reforms to the current Constitution of 1993 through the mechanisms established therein for this purpose. This article explores the advantages, limitations and dangers of both routes. In the same way, it proposes a set of constitutional reforms always having as its objective the need to preserve the essential conditions for democratic governance and the strengthening of fundamental rights in Peru in the 21st century.

Key words: bicentennial; democratic governance; Constituent Assembly; constitutional reforms; fundamental rights.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

Durante las recientes y controvertidas elecciones generales ocurridas en el Perú, en las que resultó electo por muy estrecho margen el presidente Pedro Castillo, se renovó de un modo intenso el debate sobre si, en la perspectiva del bicentenario de la República, corresponde impulsar un proceso político orientado hacia la elección de una Asamblea Constituyente que pueda dotar al país de un nuevo texto constitucional con el cual afrontar las próximas décadas.

La propuesta de la Asamblea Constituyente fue una bandera común en todas las candidaturas de los partidos de izquierda: Juntos por el Perú, Frente Amplio, Unión por el Perú y Perú Libre, este último convertido hoy en el partido de gobierno. Por el contrario, las fuerzas políticas de centro y centro-derecha rechazaron de plano la propuesta de la Asamblea Constituyente y señalaron que cualquier reforma constitucional debe realizarse según los mecanismos para tal fin, previstos en los artículos 206¹ y 32² de la vigente Constitución de 1993.

Por un lado, los partidarios de la Asamblea Constituyente la consideran un camino legítimo y constitucional. Señalan como principales razones para ello que la Constitución de 1993 es fruto del gobierno autoritario y corrupto del presidente Alberto Fujimori, y que esta consagra un modelo económico neoliberal que solo favorece a una élite económica y a las empresas transnacionales, y por lo mismo, resulta perjudicial para las grandes mayorías del país.

1 **Artículo 206. Reforma Constitucional**

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3 %) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

2 **Artículo 32. Referéndum**

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

Por su parte, los detractores de la Asamblea Constituyente consideran que esta constituiría una amenaza para el Estado de derecho en el Perú, puesto que supondría otorgarle poderes ilimitados, con el riesgo de graves involuciones democráticas. Los defensores de la reforma constitucional, según los cánones previstos en la carta de 1993, indican que la Asamblea Constituyente es el caballo de Troya que la izquierda radical pretende utilizar para cambiar la forma de Estado y de gobierno; que a través de esta se busca minar las bases de la democracia liberal para implantar un modelo político cercano a regímenes como los existentes en Cuba, Venezuela y Nicaragua; y que generaría tal inestabilidad económica que paralizaría todas las inversiones y echaría por tierra todos los logros socioeconómicos de los últimos veinte años.

Como puede apreciarse, los argumentos tanto a favor como en contra de una u otra opción son esencialmente políticos, vertidos además en el contexto de un acalorado proceso electoral, el que sin duda ha resultado ser el más polarizado desde la normalización democrática del país en el año 2001.

En las siguientes líneas buscaremos ir más allá de dichos argumentos y exploraremos las ventajas, las limitaciones y los peligros de ambas vías, intentaremos no perder de vista la necesidad de conservar un mínimo de estabilidad política, jurídica e institucional que garantice la viabilidad y el futuro del Perú como Estado y como sociedad.

2. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAR «LA CONSTITUCIÓN DE FUJIMORI»

Tal como lo hemos señalado, los más fervientes partidarios de la Asamblea Constituyente aducen que el Perú requiere un nuevo texto fundamental con el cual afrontar los retos que plantea el bicentenario de la República, uno que sirva para superar y dejar definitivamente atrás a «la Constitución de Fujimori»,

refiriéndose naturalmente a la vigente Constitución de 1993, consecuencia de un golpe de Estado y aprobada en el contexto de un gobierno autoritario y corrupto. Puestas así las cosas, parece ética y jurídicamente incuestionable ser un entusiasta partidario de la vía de la Asamblea Constituyente. Pero cabe preguntarse seriamente: ¿la vigente carta de 1993 sigue siendo «la Constitución de Fujimori»?

Resulta indudable que la Constitución de 1993 en su versión original, consecuencia directa del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, nació para ser el marco político y jurídico de un proyecto autoritario de naturaleza cívico militar. Tal como afirma Romeo Grompone, el éxito de Fujimori pasó por establecer con las Fuerzas Armadas «una alianza con ellas, convirtiendo la carencia de una organización política propia en una virtud porque la corporación castrense le otorgaba la estructura que le faltaba, sin crearse situaciones de competencia entre cuadros políticos y oficiales» (Cotler y Grompone, 2000, p. 97).

Por otra parte, entre los constitucionalistas nacionales, probablemente nadie ha sido más crítico con la Constitución de 1993, como el prestigioso abogado y profesor universitario Alberto Borea Odría (2013), quien considera que «es absolutamente paradójico que un país democrático esté regido por el texto de una dictadura y que los peruanos no hagamos seriamente el esfuerzo de acabar con este embuste» (p. 488).

El contexto del origen de la Constitución de 1993 guarda innegables similitudes con el origen de otras constituciones en la historia de la República. Para no ir muy lejos, cabe recordar a la Constitución de 1920 y a la de 1933. La primera, la Constitución de «la Patria Nueva», aprobada en la víspera de la celebración del centenario de la República, nació para ser el marco jurídico, político e institucional del proyecto político liderado por el presidente Augusto B. Leguía, quien acabaría sus días preso y enfermo en la vieja prisión del Panóptico de Lima. La segunda, elaborada por la mayoría oficialista de la Unión Revolucionaria

(UR)³ tras la expulsión de los veintisiete representantes apristas del Congreso Constituyente de 1931, tenía la misión de servir de marco y soporte institucional a un proyecto político cuya cara visible era el presidente Luis M. Sánchez Cerro, trágicamente asesinado el 30 de abril de 1933 en el entonces hipódromo de Santa Beatriz.

No cabe duda de que la original Constitución de 1993 surge en un contexto político autoritario y nace para ser funcional a la visión y a los intereses de dicho proyecto político. Sin embargo, pocos parecen querer advertir el hecho de que la vigente versión de la Constitución de 1993 dista mucho de ser la «Constitución de Fujimori». Entonces, ¿de qué extraña y mágica manera ha ocurrido esta suerte de «transmutación constitucional»? En realidad, nada extraño ni mágico ha sucedido. Simplemente, ello se ha debido a las sucesivas reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República y a la interpretación que, sobre las disposiciones constitucionales, ha efectuado el Tribunal Constitucional durante los últimos veintiún años.

Entre 1995 y el presente 2021, la Constitución de 1993 ha sido objeto de veinticuatro reformas respecto de los más diversos temas: desde la eliminación de la reelección presidencial inmediata; pasando por la modificación total del capítulo XIV, «De la descentralización» (artículos 188 al 199); la eliminación de la reelección inmediata de alcaldes y gobernadores regionales; la concesión del derecho al voto a los militares y policías en actividad; el otorgamiento al presidente del Poder Judicial de la facultad de interponer acciones de inconstitucionalidad; el facultar a los gobiernos regionales a poder crear, modificar y eliminar tasas y contribuciones y ejercer iniciativa legislativa en temas de su competencia; el reconocimiento del derecho de acceso al agua como un derecho constitucional; hasta la eliminación de un organismo constitucional autónomo como el Consejo Nacional

3 La Unión Revolucionaria (UR) fue un partido político liderado por Luis M. Sánchez Cerro. Muy influenciado por el fascismo italiano, fue la expresión de un populismo conservador y carismático a inicios de los años treinta del siglo XX en el Perú.

de la Magistratura y su sustitución por la Junta Nacional de Justicia. Inclusive, una de dichas reformas, la aprobada a través de la Ley n.º 27600⁴, suprime la firma del presidente Alberto Fujimori del texto constitucional.

Cabe resaltar que las últimas reformas constitucionales se concretaron hace apenas unos meses. En febrero de 2021 se promulgó la Ley n.º 31118, que modificó el artículo 93 y eliminó la inmunidad parlamentaria; mientras que en julio de 2021 se promulgó la Ley n.º 31280, norma que modificó el artículo 113, estableciendo un régimen de residencia temporal obligatoria dentro del territorio nacional del ex presidente de la República tras culminar su mandato.

Pero si lo señalado hasta aquí pareciera insuficiente, resulta necesario recordar que desde el final del fujimorato y la normalización democrática en el Perú a finales del año 2000, el Tribunal Constitucional, a través de sus sucesivas formaciones, ha realizado una importante y valiosa labor de interpretación, la cual de manera progresiva ha ido dotando de una nueva esencia a la Constitución de 1993, especialmente en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales se refiere. En efecto, a lo largo de estas últimas dos décadas «nuestro Tribunal Constitucional ha tomado diversos aspectos que sirven como elementos complementarios de interpretación y de optimización de los derechos declarados» (Rubio, Eguiguren y Bernal, 2011, p. 13).

De este modo, en el ámbito de los derechos fundamentales, resulta evidente que la jurisprudencia del órgano de control de la Constitución se ha caracterizado permanentemente por interpretaciones en armonía con los contenidos de los principales

4 El domingo 16 de diciembre de 2001 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Ley n.º 27600, mediante la cual se suprime la firma de Alberto Fujimori de la Constitución Política del Estado de 1993 y se dispone que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República plantee un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979; dicha norma dispuso además que, tras su aprobación por el Congreso, el proyecto será sometido a referéndum; y de ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993.

tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, tanto en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la OEA como en el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos de la ONU.

Frente a lo expuesto, ¿alguien podría seguir sosteniendo seriamente que la actual Constitución de 1993 continúa siendo la «Constitución de Fujimori», con toda la carga política que dicha expresión entraña? Sinceramente, pensamos que no.

Las reformas constitucionales reseñadas y la intensa labor interpretativa del Tribunal Constitucional han tenido como positiva consecuencia el que la llamada «Constitución de Fujimori» termine por perder el espíritu con el cual fue originalmente concebida.

Por los argumentos expuestos, apelando a un mínimo de objetividad y más allá del hecho de continuar siendo formalmente la Constitución de 1993, resulta difícil soslayar que poco o nada queda ya de aquel texto de esencia autoritaria y centralista, aprobado en el dudoso referéndum del 31 de octubre de 1993.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO: LA OTRA «GRAN OBJECCIÓN» A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El otro gran argumento que levantan los partidarios de la Asamblea Constituyente radica en que la carta de 1993 consagra un «modelo económico neoliberal» que presuntamente solo favorece a una élite económica y a las empresas transnacionales y, por consiguiente, termina por resultar lesivo para las «grandes mayorías del país». Dicha crítica, además, va aparejada con propuestas que plantean un control más estricto del sector privado y una mayor participación del Estado en la economía.

Ante tan grave aseveración, corresponde analizar si el régimen económico establecido en la Constitución ha resultado tan nocivo como señalan sus detractores y cuáles han sido los resultados de su aplicación tras casi treinta años de vigencia.

Para empezar, cabe recordar que el artículo 58 de la vigente Constitución —al igual que lo hacía su antecedente inmediato anterior, la Constitución de 1979— consagra una economía social de mercado, donde la iniciativa privada es libre y lidera e impulsa la actividad económica; y donde el Estado juega principalmente un rol como orientador, promotor, supervisor y regulador. El espíritu de la economía social de mercado bien puede sintetizarse en lo siguiente: tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario.

Si nos remitimos a la fría evidencia de las cifras, encontraremos que el régimen de economía social de mercado establecido en la Constitución de 1993 ha generado las condiciones para un inédito largo período de estabilidad económica en la historia de la República, lo que a su vez se ha traducido en el crecimiento sostenido de los principales indicadores sociales y macroeconómicos del país durante las últimas dos décadas. Veamos algunos ejemplos:

- El Perú experimentó un período de veintiún años de crecimiento económico ininterrumpido⁵ entre 1999 y marzo de 2020⁶.
- El Producto Bruto Interno (PBI) del Perú creció cuatro veces en veinte años (entre 2000 y 2019): el PBI del 2000 fue de 51 mil millones de USD; el del 2019 fue de 222 mil millones de USD⁷.
- Las exportaciones del Perú crecieron siete veces en veinte años (entre el 2000 y el 2019): las exportaciones en el 2000 fueron por 6900 millones de USD (el 13.8 % del PBI de ese año); las exportaciones en el 2019 fueron por 46 mil millones de USD (el 24 % del PBI de ese año)⁸.

5 Información del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

6 A partir del 16 de marzo de 2021 se declaró el Estado de Emergencia Nacional en el Perú por la pandemia de COVID-19.

7 Información del Banco Mundial (BM).

8 Información del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

- Entre el 2010 y el 2020 la inversión extranjera directa (IED) en el Perú acumuló la cifra de 86 306 millones de USD. Solo en el año 2012 se realizó un desembolso de 13 622 millones de USD⁹.
- La clase media en el Perú se duplicó en quince años, pasó de concentrar al 19 % de la población nacional en el año 2004, al 41.5 % en el año 2018. En dicho período, la población aumentó en 3.2 millones de personas, mientras que la clase media aumentó en 8.2 millones¹⁰.
- En una década (entre 2007 y 2017), el Perú redujo en más de 50 % el índice de pobreza, que pasó de afectar del 55 % al 22 % de la población¹¹.
- Además, entre el 2006 y el 2019, el Perú redujo su porcentaje de población en situación de pobreza multidimensional¹² de 20 % a 12.7 %, según un informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹³.

Claro está que dicho crecimiento económico y la consiguiente relativa prosperidad no han transformado aún al Perú en un país del primer mundo desarrollado, y que siguen existiendo situaciones de desigualdad socioeconómica entre los peruanos; en términos objetivos, no se puede soslayar el hecho de que el modelo económico implantado a partir de la Constitución de 1993 ha producido muy buenos resultados, los mismos que en términos prácticos representan una mejora cuantitativa y cualitativa sustancial de la situación económica y social de millones de

9 Información de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú (ComexPerú).

10 Instituto Peruano de Economía.

11 Instituto Peruano de Economía.

12 El Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) mide la pobreza más allá del ingreso económico. Este señala carencias en las tres dimensiones de desarrollo humano (educación, salud y nivel de vida) y revela el número de personas multidimensionalmente pobres y la intensidad de sus carencias.

13 Informe 2019 sobre la evolución del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Iniciativa de Pobreza y Desarrollo Humano de la Universidad de Oxford.

peruanos durante los últimos veinticinco años, pese al retroceso coyuntural experimentado como consecuencia de la crisis económica mundial generada a partir del impacto de la pandemia de la COVID-19¹⁴.

Resulta evidente que el régimen económico establecido en la Constitución de 1993 y el modelo económico que deriva de aquel, no está escrito en piedra. Este es perfectamente revisable y, desde luego, perfectible a efectos de que pueda beneficiar cada vez a más personas, sin embargo, resulta profundamente insensato, y hasta irracional, a la luz de la evidencia, señalar que ha fracasado y además promover su reemplazo por otro que suscita profundas dudas, inestabilidad e incertidumbre entre los diversos actores políticos, sociales y económicos del país.

A la luz de lo señalado y con prescindencia de si existen o no las condiciones para su viabilidad política, pensamos que no existe una auténtica y urgente necesidad que justifique impulsar el proyecto de la Asamblea Constituyente, sobre todo cuando esta indefectiblemente polarizaría aún más en términos políticos a la ya dividida sociedad peruana y generaría un escenario de parálisis, especulación y desconfianza en lo económico. Por tanto, apostar por la Asamblea Constituyente deviene en innecesario y contraproducente en las actuales circunstancias del país.

4. UNA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE FORTALEZCA LA INSTITUCIONALIDAD, FAVOREZCA LA ESTABILIDAD Y ASEGURE LA GOBERNABILIDAD

Lo afirmado hasta aquí no significa en modo alguno que la vigente Constitución no requiera ajustes y modificaciones. Sin duda los necesita, especialmente en el ámbito de la estructura del Estado,

14 La crisis económica mundial generada a partir del impacto de la pandemia de la COVID-19 ha supuesto para el Perú la interrupción de un ciclo de veintiún años de crecimiento económico, la caída del PBI en 11.1 % durante el 2020 y la pérdida de al menos tres millones de empleos.

pero para ello resulta suficiente hacer uso del mecanismo de reforma previsto en el artículo 206 de la carta de 1993.

Algunos de los problemas que a nuestro juicio plantea la Constitución de 1993, principalmente en el título IV, «De la estructura del Estado», provienen de su texto original, pero otros son consecuencia de reformas constitucionales motivadas por urgencias coyunturales y visión cortoplacista, lo cual no constituye un buen criterio legislativo y más bien configura un serio riesgo de generar inconexión e inorganicidad en el texto constitucional.

Todo ello supone la necesidad de proceder con la reforma parcial de la carta de 1993, con el objeto de dotar a su texto de una coherencia básica, que fortalezca la institucionalidad del Estado, que favorezca la estabilidad política y asegure la gobernabilidad democrática. Sobre la base de tales objetivos, consideramos indispensable priorizar en el corto plazo las siguientes reformas constitucionales:

- **Modificación del artículo 130 con miras a eliminar el otorgamiento de la cuestión de confianza al Gabinete de ministros:** la cuestión de confianza es propia de un régimen parlamentario, por tanto, no tiene sentido en un régimen presidencialista. Sin embargo, esta figura ha servido en reiteradas ocasiones como «arma política» dentro de las habitualmente tensas relaciones Ejecutivo-Legislativo, generando crisis políticas que bien podrían evitarse si no existiera la obligación de cada nuevo Gabinete, de tener que plantear una cuestión de confianza ante el Congreso.
- **Modificación del artículo 113 respecto de la causal de vacancia presidencial por «incapacidad moral permanente»:** resulta evidente que la declaración de incapacidad moral del presidente por parte del Congreso de la República posee innegables componentes políticos y apreciaciones de carácter subjetivo, los cuales se potencian en el contexto de un Poder Legislativo compuesto por una mayoría opositora hostil frente al Gobierno de turno. Dicha situación plantea

situaciones de grave inestabilidad política para el país, lo que resulta necesario evitar con el objeto de garantizar la gobernabilidad.

Si bien el tema es complejo, la reforma planteada debiera orientarse a introducir determinados criterios que reduzcan objetivamente el uso discrecional y subjetivo de dicha causal de vacancia. Ello supone acotar la interpretación acerca de qué debemos entender por una presunta «incapacidad moral permanente», donde una interpretación restrictiva refiere a problemas de orden mental del presidente y una interpretación muy extensiva plantea la incapacidad del primer mandatario de diferenciar el bien del mal.

- **Modificación del artículo 133 para que el planteamiento de la cuestión de confianza por parte del presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso verse específicamente sobre actos de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo:** dicha reforma limitaría el uso reiterativo y discrecional de esta potestad por parte del Ejecutivo, con la finalidad de forzar abiertamente un conflicto político con el Congreso de la República. Cabe recordar que la disolución del Congreso de la República por parte del presidente Martín Vizcarra, ocurrida en setiembre de 2019, tuvo como detonante la cuestión de confianza planteada por el presidente del Consejo de Ministros respecto de un proyecto de ley que buscaba regular el modo de elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional, competencia que corresponde al Congreso de la República según lo previsto en el artículo 201 de la Constitución de 1993.
- **Modificación del artículo 134 respecto de la disolución del Congreso por el presidente de la República:** establece que el presidente está facultado para disolver el Congreso de la República, solo si es que este ha censurado o negado expresamente su confianza a dos Consejos de Ministros. De este modo, se deterrarían de manera definitiva interpretaciones que no dejan de ser ingeniosas, pero que

engendran crisis políticas como aquella de «la denegación fáctica de la confianza», la cual, por desgracia, fue recientemente avalada por el Tribunal Constitucional en una decisión dividida de cuatro votos contra tres.

- **Modificación del artículo 90 para la elección en doble vuelta del Congreso de la República:** busca reformar el mecanismo de elección del Congreso para que pueda ser elegido en una doble vuelta y en simultáneo con la segunda vuelta para elegir al presidente y a los vicepresidentes. Es decir, un *ballotage* a la francesa, aplicable tanto a la elección del Ejecutivo como del Legislativo. El probado efecto positivo de este mecanismo es que atenúa en la segunda vuelta la dispersión electoral expresada en la representación parlamentaria.
- **La homologación de un sistema de reelección de los cargos de elección popular a excepción del de presidente de la República:** por razones de coyuntura y un estilo de legislación reactiva ante escándalos políticos y mediáticos, en distintos momentos se aprobaron reformas constitucionales con miras a prohibir las reelecciones sucesivas de cargos de elección popular. Primero fueron los alcaldes, los regidores, los gobernadores y los consejeros regionales, más recientemente han sido los propios parlamentarios.

Dichas reformas parten de la generalización irresponsable y muchas veces oportunista, según la cual toda reelección es mala porque promueve la corrupción y el clientelismo político. Sin embargo, el resultado a todas luces parece ser peor que el problema que buscó resolver. No solo siguen existiendo casos de corrupción y clientelismo político, pero ahora, además, las autoridades electas tienen menos tiempo y oportunidad de ganar experiencia política y desarrollar sus capacidades de gestión para el bien de sus comunidades. La alternativa que planteamos es establecer una reelección limitada a dos períodos en el caso de alcaldes, regidores, gobernadores, consejeros regionales y parlamentarios. De

este modo, si un político quiere volver a postular a un cargo que ya ocupó, podrá hacerlo luego de que transcurran tantos períodos como los que ocupó en dicho cargo la última vez. Por otra parte, una medida de tal naturaleza impactaría positivamente de un modo indirecto en la formación de cuadros dentro de los partidos políticos.

- **Establecimiento de la elección de dirigentes y candidatos de los partidos políticos a través del sistema un militante un voto:** el cuestionamiento al manejo arbitrario de las cúpulas dirigenciales y la ausencia de una auténtica democracia interna en los partidos políticos es de larga data en nuestro país. Si efectivamente se busca fortalecer la democracia interna en los partidos políticos, consideramos esencial impulsar sin demora la constitucionalización de una norma de esta naturaleza.

No obstante, las reformas planteadas no serían las únicas que se deben discutir y aprobar. En un momento posterior de mayor consenso político, deberían considerarse también otras reformas constitucionales relativas a temas poco populares para el gran público y que, por lo mismo, requieren de mayor respaldo y consenso entre la ciudadanía y la clase política. Dichas reformas podrían ser las siguientes:

- El retorno a un Congreso bicameral.
- El financiamiento público de los partidos políticos.
- El establecimiento del voto facultativo en reemplazo del voto obligatorio.
- El relanzamiento del proceso de regionalización a través de la creación de macrorregiones.

Asimismo, debe contemplarse la oportunidad de una reforma que ponga al texto constitucional al día con las nuevas realidades que impactan en el desarrollo y el ejercicio de los derechos fundamentales, tal como es el caso de las tecnologías de la información y del conocimiento (TIC), las cuales juegan un rol cada

vez más importante en la generación de mayores niveles de desarrollo, bienestar y calidad de vida de las personas. Por ello, reiteramos nuestra propuesta de avanzar en el reconocimiento constitucional del acceso a las tecnologías de la información y del conocimiento como un derecho fundamental.

Como lo señaláramos en un artículo anterior, dicha reforma podría concretarse a través del siguiente texto:

Artículo XYZ.- El Estado reconoce el derecho de toda persona de acceder a las tecnologías de la información y del conocimiento, incluido el internet, en condiciones de igualdad y no discriminación. Para tal efecto, el Estado a través de sus instituciones, deberá realizar las acciones que promuevan el desarrollo de las mismas (Chiri, 2018, p. 164).

A su vez, en línea con lo que supondría el inicio del reconocimiento de una cuarta generación de derechos fundamentales, que estarían caracterizados por su naturaleza digital, se abre una ventana de oportunidad para el futuro reconocimiento constitucional de novísimos derechos, tales como el derecho de las personas de no ser geolocalizadas ni perfiladas, el derecho a la identidad digital (en entornos digitales) y el derecho a no ser discriminado por inteligencia artificial (discriminación debido a decisiones basadas en logaritmos).

Cabe señalar que la Unión Europea es pionera en el reconocimiento de los llamados «derechos digitales» y, en relación con ellos, aprobó muy recientemente la denominada Declaración de Lisboa sobre Derechos Digitales¹⁵.

15 En junio de 2021, la Unión Europea aprobó en la capital portuguesa la Declaración de Lisboa sobre Derechos Digitales. Dicho documento recoge el compromiso de la Unión Europea para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación en la transición digital, así como para fomentar una economía digital basada en los valores europeos de protección de los derechos de los ciudadanos.

5. REFLEXIONES FINALES

Las consideraciones expuestas a lo largo del presente artículo nos permiten concluir que —más allá de las controversias acerca de su constitucionalidad— la convocatoria a una Asamblea Constituyente no solo es inviable en las actuales circunstancias de polarización política y social, sino que además resulta claramente innecesaria como una vía para mejorar y actualizar el texto constitucional.

La defensa de la Asamblea Constituyente está mucho más influenciada por una visión político-ideológica que por una auténtica necesidad y un real objetivo de corregir y cambiar una Constitución fallida. Por si fuera poco, su eventual convocatoria abriría las puertas a un escenario de tal incertidumbre que en nada favorecería la estabilidad económica y la gobernabilidad democrática del país, requisitos esenciales para superar lo más pronto posible la crisis derivada de la pandemia por la COVID-19.

Por otra parte, resulta evidente que la Constitución de 1993 requiere ajustes y modificaciones, especialmente en el ámbito de la estructura del Estado, sobre todo en reformas que estén orientadas a evitar que se reproduzcan las condiciones que derivaron en sucesivas crisis de carácter político-institucional, desde la elección del presidente Pedro Pablo Kuczynski en el 2016 hasta nuestros días. Para ello, además de alcanzar amplios consensos entre actores políticos y sociales, solo resulta suficiente hacer uso del mecanismo de reforma previsto en el artículo 206 de la carta de 1993.

Finalmente, una eventual reforma de la Constitución debe servir también como una oportunidad para adecuarla a los nuevos tiempos y realidades, que impactan e influyen cada vez más en la vida cotidiana de los seres humanos y progresivamente nos llevan a la necesidad de reconocer una nueva generación de derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Borea, A. (2013). Constitución de 1993, ni luces ni sombras, sino oscuridad total y oprobio. En Rodríguez, I. (comp.), *La Constitución de 1993 a veinte años de su promulgación: aciertos, desaciertos y propuestas de reforma*. Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria.
- Chiri, R. (2018). Telecomunicaciones, Constitución y derechos fundamentales. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, (7), 157-166.
- Cotler, J. y Grompone, R. (2000). *El fujimorismo: ascenso y caída de un régimen autoritario*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Rubio, M., Eguiguren, F. y Bernaldes, E. (2011). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4636

LA INFLUENCIA DE LOS POSTULADOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1823

The influence of the postulates of the French Revolution in the Constitution of 1823

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: opazo@pucp.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0482-2410>

RESUMEN

El constitucionalismo peruano del siglo XIX tiene diversas fuentes inspiradoras. No existe duda de que una de las principales fue la española, lo cual obedecía a los lazos históricos y culturales que nos unían a dicha nación. Sin embargo, eso desde ningún punto de vista debe suponer que se pierda de vista la importancia que otros movimientos tuvieron en la ulterior evolución de nuestras constituciones. En ese sentido, debe destacarse el caso de la Revolución francesa, movimiento con tendencias universales cuyos postulados dejaron una importante huella en los pensadores peruanos de aquella época. En esta investigación se destacan los principales ámbitos en los que se ha podido advertir la influencia francesa en el primer texto constitucional peruano. Para ello,

se precisa qué es lo que significó la Revolución francesa y cómo es que impacta en nuestro país. Con posterioridad, se destaca el importante rol que, en esta influencia, tuvo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en el primer constitucionalismo peruano del siglo XIX y, especialmente, en el texto de 1823.

Palabras clave: Revolución francesa; constitucionalismo peruano; Constitución de Cádiz; liberalismo; derechos fundamentales.

ABSTRACT

Peruvian constitutionalism of the 19th century has several inspiring sources. There is no doubt that one of the main ones was the Spanish, which was due to the historical and cultural ties that united us to that nation. However, we shouldn't lose sight of the importance that other movements had in the subsequent evolution of our constitutions. In this sense, the case of the French Revolution should be highlighted, which was a movement with universal tendencies whose postulates left an important mark on Peruvian thinkers of that time. This research highlights the main areas in which it has been possible to notice the French influence in the first Peruvian constitutional text. For this purpose, it is specified what the French Revolution meant and how it impacts in our country. Subsequently, the important role that, in this influence, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 in the first Peruvian constitutionalism of the 19th century, and, especially, in the text of 1823, is highlighted.

Key words: French Revolution; Peruvian constitutionalism; Cádiz Constitution; liberalism; human rights.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

Es muy conocida la impronta de la Constitución liberal de Cádiz de 1812 en el primer constitucionalismo peruano. De ella heredó no solo los puntos favorables al reconocimiento de las libertades, sino que además plasmó muchos de sus defectos, los cuales serán advertidos de manera notoria en los inicios de la república. Y ello tiene sentido: los ideólogos de la emancipación vivieron de cerca los acontecimientos de Cádiz y, al mismo tiempo, no fueron tan deseosos, en su momento, de romper con la monarquía española. Esta solución ecléctica —consistente en la influencia del documento gaditano— parecía satisfacer a los «ilustrados» peruanos, quienes no deseaban verse sometidos por la anarquía ni tampoco romper todos los vínculos existentes con España.

Sin embargo, incluso antes de Cádiz se había advertido el apogeo de la Revolución francesa, movimiento que, con tendencias universales, elimina el Antiguo Régimen y pregona el sometimiento de todo poder del Estado a la soberanía de la nación. Esta revolución no puede ser encasillada como un movimiento único, como si no hubiera tenido sobresaltos ni alteraciones significativas. El hecho de que Francia haya adoptado tres constituciones en el lapso de cinco años, no necesariamente compatibles desde el punto de vista ideológico, es lo suficientemente ejemplificativo al respecto. Las ideas que en ese país se debatieron tampoco fueron desconocidas por los pensadores peruanos y, sin embargo, no tuvieron, al menos en un inicio, una amplia recepción, seguramente por el carácter irreligioso y anárquico que en algún momento demostró la fase más radical del movimiento francés. Los medios de comunicación peruanos jugarían un gravitante rol para ello.

Este artículo tiene como principal propósito resaltar las influencias que el pensamiento revolucionario francés generó en el texto constitucional de 1823, documento que intentó someter las atribuciones del Poder Ejecutivo ante el Legislativo, lo cual obedió, seguramente, a los terribles recuerdos que una autoridad

vigorosa y unipersonal generaba en todos los peruanos. Para ello, se tomará en consideración no solo la redacción que empleó el referido texto constitucional, sino que también este estudio se remitirá a los conocidos y fogosos debates de inicios de la república, los cuales reflejaban, no sin ser tergiversadas, las influencias francesas.

Sin perjuicio de ello, estimo que, antes de efectuar esta tarea, es preciso realizar una serie de consideraciones a fin de comprender, en su verdadera dimensión, las características de esa influencia.

2. ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de desarrollar las disposiciones estructurales de la Constitución de 1823, es pertinente aclarar ciertas cuestiones para precisar el verdadero alcance de los postulados de la Revolución francesa. Para ello, es necesario enfatizar, en primer lugar, que el movimiento francés no fue el único que generó influencia en el primer constitucionalismo peruano, ya que también estuvieron presentes diversas referencias a los modelos de los Estados Unidos y Cádiz.

En segundo lugar, y a fin de comprender con precisión qué ideas del movimiento francés fueron tomadas en consideración por los pensadores nacionales, se brindarán las razones por las cuales es imposible aprehender a la revolución como un movimiento unívoco, ya que, de hecho, ella desarrolló en muchos momentos ideas considerablemente distintas acerca de las formas de gobierno y de las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Finalmente, también se resaltarán que la revolución fue vista y analizada por los pensadores americanos de la época, los cuales no necesariamente extrajeron conclusiones similares. En algunos casos, abogaron por la reforma del sistema vigente sin que ello suponga romper con España (a los que se llamará como «reformistas»), y en otros defendieron la idea de un nuevo régimen (a quienes se denominará como «separatistas» o «revolucionarios»).

Ambos grupos de pensadores fueron gravitantes en los contenidos de la Constitución de 1823, pues volcaron las ideas aprendidas a propósito de su estudio de la Ilustración y doctrinarios franceses en la realidad peruana, aunque no necesariamente de la mejor manera.

2.1. EL MOVIMIENTO FRANCÉS NO FUE EL ÚNICO QUE INSPIRÓ A LOS IDEÓLOGOS DE LA EMANCIPACIÓN PERUANA

En primer lugar, debe precisarse que, cuando en este artículo nos referimos al impacto que el pensamiento revolucionario francés generó en el texto constitucional de 1823, de ninguna manera se desea dejar desapercibida la también notoria influencia que ejercieron tanto la Revolución norteamericana como los hechos ocurridos en España a propósito del cautiverio del rey Fernando VII. Tampoco se puede dejar de lado el hecho de que el movimiento independentista peruano contó con importantes antecedentes en los postulados reformistas de la élite limeña, la cual, sin ser separatista en su mayoría, empezó a poner en entredicho las otras facultades irrestrictas de los españoles en el Perú.

En el caso de la situación imperante en las trece colonias, es hasta cierto punto preocupante que no se haya estudiado, con la meticulosidad que amerita, el impacto de las ideas norteamericanas en los debates del primer constitucionalismo peruano. Esto es aún mucho más notorio si tomamos en cuenta esa conocida polémica entre Jellinek y Boutmy¹, relativa a la posible influencia de los textos constitucionales de las colonias norteamericanas en los primeros documentos franceses, la cual da a entender que aquel movimiento ha tenido mucho mayor incidencia en el constitucionalismo europeo de la que usualmente se le suele atribuir. No en vano, por solo poner solo un ejemplo, no han faltado autores que manifiesten que la Constitución francesa

1 Ver Jellinek (2009).

de 1793, hechura de los jacobinos, es en realidad un calco de la Constitución de Pensilvania de 1776².

Por otro lado, tampoco se ha tomado en cuenta el influjo que pensadores como Thomas Paine generaron en los ideólogos de la emancipación peruana. Al revisar el contexto en el que surge la revolución en las trece colonias, es fácilmente perceptible el influjo de escritos como «El sentido común» en la sociedad norteamericana, sobre todo en lo que se refiere a las ácidas críticas en contra de la monarquía³. De hecho, la historiadora Carmen McEvoy ha destacado cómo es que la mesocracia ilustrada de la época discutía sobre sus escritos, pese a que aquel era un republicano radical. Según señala, estos debates son los que terminan preparando la caída de la opción de la monarquía constitucional planteada por José de San Martín (Vadillo, 2020). De similar forma, cuando se revisa, por ejemplo, el pensamiento constitucional de Faustino Sánchez Carrión⁴, se encontrarán no pocas referencias al caso de las antiguas Trece Colonias. Incluso si nos remontamos a un período anterior, concretamente a la época de la revolución de Túpac Amaru II, también se habría tomado en cuenta lo que ocurría en las colonias. Boleslao Lewin (1967) sostiene que

2 Un interesante estudio que advierte la marcada influencia del texto constitucional del Estado de Pensilvania se puede consultar en Dippel (2009, p. 57).

3 Escribe Thomas Paine (2014) que «hay otra y más importante distinción a la que no se le puede atribuir verdaderamente una razón moral o religiosa; y esa es la distinción de los hombres en reyes y súbditos. Masculino y femenino son distinciones de la naturaleza; bueno y malo son del cielo; pero merece la pena investigar de qué manera una raza de hombres vino al mundo tan enaltecida sobre el resto de los humanos, y exaltada como una nueva especie, y si de ella depende la posibilidad de la felicidad o miseria del género humano» (p. 13).

4 El ideólogo peruano, como se conoce, bajo el seudónimo de El Solitario de Sayán publicó diversos números en *La Abeja Republicana*. En estas publicaciones, nunca dejó de mirar el caso de las colonias norteamericanas. Así, expresó que «los ingleses del Norte América fueron colonos como nosotros, aspiraron a su independencia, y la consiguieron; asentaron felizmente las bases de su Constitución, y son libres» (p. 69).

el espíritu revolucionario de las colonias españolas se sintió alentado por el ejemplo norteamericano, pero su intención de materialización fracasó, porque existía en ellas el tremendo problema indígena que los infidentes criollos no supieron encarar. Y aunque las masas indias ya estaban hondamente conmovidas por la labor persistente y tenaz de Túpac Amaru, no se llegó a la acción común, lo que retardó en varios decenios el logro de la independencia y de la libertad civil (p. 137).

La referencia constante a los Estados Unidos no solo ha estado en manos de los liberales como Sánchez Carrión⁵, sino también en autores más conservadores como José María de Pando. De ahí que, al comentar la Constitución peruana de 1828, el pensador peruano haya sostenido que

entre las Constituciones modernas, las que más deben llamar nuestra atención, son las de los de Estados Unidos, no la federal, porque esta de ningún modo puede convenir, sino las que sancionaron individualmente los Estados en virtud del acta de 15 de mayo de 1776. A la cabeza de estas obras maestras de la razón humana, luce la de Pensilvania, que puede considerarse como la quintaesencia del republicanismo (Altuve, 2015, p. 255).

Situaciones como esta demuestran la relevancia del movimiento estadounidense que, de todas maneras, tuvo un notorio impacto en el Perú, sea a través de manera directa, o por la misma incidencia de franceses inspirados en los postulados norteamericanos. Sea como fuere, esta influencia fue trascendental. Sin embargo, no será objeto de un análisis detallado en este artículo.

También relacionada con el primer punto, es aún más notoria, acaso por su cercanía cultural, la marca de la Constitución de

5 Se ha señalado que Sánchez Carrión «nos alerta que el modelo a seguir no es la Revolución francesa con su secuela de estatismo y terror, bajo un régimen republicano, sino que el camino a transitar es el de la Revolución estadounidense que instauró un régimen que le despertó una admiración y encanto solo comparable a la que profesó Alexis de Tocqueville por la democracia en América» (D'Medina, 2019, p. 167).

Cádiz de 1812⁶. Sobre esta influencia sí existen mayores estudios. Las evidencias demuestran que «La Pepa», como popularmente se le conocía, fue promulgada en distintas partes del territorio peruano y fue, por lo demás, puesta en vigencia. Incluso es curioso también notar que la proclamación de la independencia en el Perú, efectuada por José de San Martín, fue paralela al trienio liberal español (1820-1823), período en el que precisamente fue restituido en su vigencia el documento gaditano. Frente a la causa de la independencia, las autoridades españolas no adoptaron una posición oficial, aunque la prensa liberal española de la época no era precisamente partidaria de resolver el conflicto de una manera pacífica⁷.

La situación vigente en España al momento de la proclamación de la independencia en el Perú no es un dato irrelevante. De hecho, las distintas convulsiones internas en ese país generaron que la situación americana no fuera tratada con la prioridad que ameritaba. Como bien expone Michael Costeloe (2010):

no parecía que las Cortes hubieran colocado a América en uno de los primeros lugares en su agenda de prioridades. Entre la fervorosa expectativa de su inesperado regreso al poder, los liberales reformadores se apresuraron a formular su programa

6 Ahora bien, muchos de los términos y los conceptos que se emplearon luego del cautiverio de Fernando VII permiten afirmar un fuerte acercamiento con el pensamiento francés. Si se examina la situación española, se planteó que los actos de Fernando VII eran nulos hasta que no recobrase plenamente su libertad, lo cual evidencia que la nación emanaba del pueblo y no del soberano. Esta fue, por lo demás, la idea de nación que se reconoció en la Constitución de Cádiz y que también se establece en la Constitución peruana de 1823. La influencia francesa pareciera también notoria en los mismos españoles. Como refiere Portillo Valdés (2000), «centralización y constitucionalización de España se podría así suponer que caminan al paso por la historia contemporánea española, porque ya su nacimiento en Cádiz los mostraba como pareja gemelar. Haciendo acopio de tradición jacobina, del afán por un racionalismo centralizador, el inmisericorde Estado que trinchaba territorios y genera unidades administrativas tendría así su arranque contemporáneo en 1812 por una miopía constitucional que impidió ver naciones más allá de la nación» (p. 463).

7 Ver, al respecto, Peralta (2014, p. 55).

de cambios en la estructura política, económica y social de la monarquía. Pronto acosada esta por las rivalidades internas, dividida en facciones y en el indudable conocimiento de que, a pesar de su lealtad en público hacia la Constitución, Fernando estaba en realidad conspirando en su contra, descubrió que América se encontraba entre los problemas inmediatos menos importantes (p. 117).

Del mismo modo, España también tuvo que experimentar la invasión de Napoleón Bonaparte, lo que generó la aprobación del Estatuto de Bayona. La expedición de este documento será trascendental para las colonias españolas, ya que el referido estatuto disponía, en su artículo 87, que «los reinos y provincias españolas de América y Asia gozarán de los mismos derechos que la metrópoli». Se trata, como puede advertirse, del primer documento que reconoce la igualdad de derechos entre españoles y americanos. Sin embargo, y pese a ese reconocimiento expreso, ni en España ni en América existió una mayoritaria adhesión a los postulados de Bayona. Víctor Peralta (2010) menciona que

el Perú a partir de 1808 vivió un período cargado de retórica fidelista y antinapoleónica auspiciada en todo el espacio público por el virrey Abascal como una estrategia encaminada a mantener la lealtad inquebrantable de la población hacia Fernando VII pese a su abdicación en Bayona. El virrey, al reconocer de modo incuestionable el ejercicio de la soberanía en nombre del monarca cautivo por parte de la Junta de Gobierno de Sevilla, la Junta Suprema Central y el Consejo de Regencia, quiso crear una sensación de tranquilidad en la población peruana (p. 340).

Los españoles no soportaron que el poder lo asumiera alguien que no fuera su monarca. Sin embargo, ante la ausencia del rey debían delegarse las funciones que este ejercía en otra autoridad. Por ello, el pueblo, quien era al que retornaba la soberanía ante la inoperatividad del rey cautivo, promueve la creación de las Juntas de Gobierno. Estas juntas también serán formadas en los gobiernos locales en América. Sin embargo, si bien en España estas pudieron ser conformadas con relativa facilidad, no fue así

en el suelo americano, ya que en estas tierras se encontró «la oposición de los funcionarios reales, de los peninsulares residentes y de sus aliados en el Nuevo Mundo. En un principio, ni las juntas españolas ni las americanas tenían una visión clara acerca de la naturaleza del gobierno que conformarían» (Rodríguez, 2008, p. 144).

Se trata, pues, del nacimiento de un gobierno representativo. El cautiverio de Fernando VII también propiciará los debates en relación con la Constitución de Cádiz de 1812. En estas deliberaciones participaron representantes de las colonias americanas, en las que no podía faltar, como resulta evidente, la delegación peruana. José Agustín de la Puente Candamo (2013) destaca que

en el Perú, como en las otras comarcas americanas, la convocatoria de Cádiz pertenece a la historia de nuestra Emancipación. Si bien todo se expresa dentro de una fidelidad cierta, las censuras del Antiguo Régimen, al nuevo estilo de la monarquía, la abolición de la Inquisición, y muy especialmente la libertad de imprenta permiten abrir un camino que más tarde se enriquece y llega a la Independencia (p. 97).

El texto gaditano, pese a las resistencias de Abascal, fue promulgado y entró en vigencia en territorio peruano. Se dice que el virrey fue uno de los grandes opositores de la flamante Constitución, ya que ella le causaba una dolorosa impresión, por lo que «una manera de detener su influencia fue retrasar —hasta donde pudo— su aplicación. Demoró, por ejemplo, nada menos que cuatro meses en ponerla en vigor en las provincias del interior del virreinato» (O'Phelan, 2014, p. 117), lo cual también fue practicado por su homólogo en el virreinato de Nueva España. Esto no impidió, sin embargo, que fuera reconocida por las autoridades peruanas, por lo que, pese a todas las dificultades, fue promulgada en distintos espacios del territorio nacional. Por ello, Juan Vicente Ugarte del Pino (1978) afirmará, de forma lapidaria, que

pretender un conocimiento a fondo de la historia del constitucionalismo americano y en especial, peruano, prescindiendo del estudio de la primera Constitución que rigió en América española, es como pretender comprender una obra de teatro ingresando al final del segundo acto o entender un libro leído a medias (p. 23).

Por ello, es posible concluir que el impacto español en la Constitución de 1823 tiene dos componentes fundamentales: en primer lugar, es muy probable que la independencia peruana no se hubiera consumado si es que la situación vigente durante el trienio liberal no hubiera impedido que los problemas americanos fuesen una prioridad⁸; y, en segundo lugar, la marca española, más aun si añadimos el componente cultural. Es más, el deseo de no romper claramente con la herencia española se advierte en la misma Constitución de 1823, ya que, en su artículo 121 se reconoce que todas las leyes que hubieran sido aprobadas con anterioridad a la Constitución «que no se opongan al sistema de independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, entre otros». Esto supone una cierta adherencia a las regulaciones previas, las cuales, de no ser incompatibles con una cierta gama de principios, seguirían vigentes, lo cual se comprende si es que advertimos el notorio arraigo cultural de ciertas prácticas en la sociedad peruana.

Ahora bien, también debe quedar claro que la proclamación efectuada el 28 de julio de 1821 de ninguna manera supuso, al menos automáticamente, el reconocimiento de la independencia

8 En este estudio no se profundizará, por no ser el objeto central de este artículo, en relación con aquellos motivos que fueron en su momento advertidos en el debate que se generó a propósito del sesquicentenario de la independencia. En aquel momento, se puso en debate si es que la independencia peruana de 1821 obedeció estrictamente a un fervor nacionalista, o si es que acaso este movimiento no fue sino una consecuencia más de la influencia de las fuerzas económicas internacionales. No debemos olvidar que, detrás del aspecto bélico, existían fuertes intereses comerciales de por medio. Ver, al respecto, McEvoy (1999, p. 192).

peruana o su prosperidad. De hecho, se le ha calificado como un importante golpe de teatro que San Martín juzgó como imprescindible, ya que había prometido respetar todos los privilegios de la élite limeña (Ortemberg, 2014, p. 237). Como bien refiere Timothy Anna (2003):

en octubre de 1821, solo tres meses después de la Declaración de la independencia, el gobierno de San Martín estaba al borde del colapso. La escasez de moneda hacía casi imposible las compras cotidianas, mucho menos el pago de las contribuciones y de los impuestos. La situación era tan apremiante que las monedas chilenas fueron declaradas de valor circulante en Lima (p. 266).

Esto consolida la idea de que la declaración formal de la independencia del Perú no supuso un fin abrupto respecto de la influencia española en el constitucionalismo nacional.

De esta forma, se ha precisado que el movimiento francés fue, en realidad, uno de los tantos que ejerció influencia en los debates respecto al contenido del texto peruano. En ese sentido, no deben ignorarse los trascendentales aportes de la Revolución de las Trece Colonias y de la ya consolidada presencia española en el territorio peruano. Sin embargo, como se examinará a continuación, la influencia francesa fue una de las que más impacto tuvo en este primer constitucionalismo peruano.

2.2. LA REVOLUCIÓN FRANCESA FUE UN MOVIMIENTO QUE PREGONÓ DISTINTAS FORMAS DE ENTENDER A LA SOCIEDAD Y AL ESTADO

Con la finalidad de detectar las reales influencias de la Revolución francesa en el texto constitucional de 1823 es importante tener en cuenta que aquel movimiento tuvo muchas aristas. Como se conoce, los historiadores coinciden en su mayoría en sostener que la revolución fue un período que se desarrolló entre 1789 —con la autoproclamación del denominado «Tercer Estado» como Asamblea Nacional— hasta 1799, fecha en la que Napoleón llega al poder. En esa década, fueron muchas las tendencias y

las corrientes de pensamiento que asumieron la conducción del Estado. Es también sintomático que, en ese breve lapso, fueran aprobadas cuatro constituciones, cada una de ellas muy distinta de la anterior.

Se conoce muy bien el origen de la Asamblea Nacional. Convocados los Estados Generales, compuestos por los conocidos tres estamentos que eran la nobleza, el clero y el estado llano, comenzaron las divergencias en relación con el método de votación de las propuestas. Existían, en esencia, dos mecanismos: uno era el voto por estamento y el otro por cabeza. Siendo numéricamente mayores los del estado llano, resulta evidente que la propuesta que promoverían los del clero y la nobleza sería la del voto por estamento.

Esto último, aunado a una serie de discrepancias, generó que el estado llano sesione por su cuenta. Luis XVI, forzado por las circunstancias, gestionó para que la nobleza y el clero se plieguen a las sesiones que desarrollaba el denominado Tercer Estado. La posterior clausura de la sala de la flamante Asamblea Nacional generó una nueva reacción, en la que los diputados, enteramente indignados, prometerían no disolverse hasta darle a Francia una Constitución (Tackett, 2015, p. 64). Sin aun pensar en eliminar al monarca, un sector considerable de los franceses estaba dispuesto a modificar el hasta entonces orden natural de las cosas.

Así, la primera Constitución de Francia, que se remonta a 1791, intentó conciliar los postulados de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 con la forma monárquica de gobierno. Girondinos y montañeses, pese a debatir sobre la situación en la que se encontraba Luis XVI y cuál podría ser su destino, no habían, al menos aún, dado algún paso trascendental para eliminar la institución monárquica. Este primer documento intenta ser un equilibrio entre las facultades otorgadas al rey y las que debía recibir la naciente Asamblea Legislativa, por lo que era posible adherirse a la idea de una monarquía constitucional.

De hecho, se establecía que los ministros, nombrados por el rey, habían de rendir cuentas ante la Asamblea Legislativa

acerca del estado del presupuesto y también podían ser acusados y juzgados por ella (Manfred, 1964, p. 122). Es por ello que no faltan autores que destacan que, con el transcurso del tiempo, la situación de la monarquía era cada vez peor, debido al sometimiento constante del monarca a la Asamblea, lo cual no hacía sino ver que la monarquía fue, en realidad, más una apariencia que una realidad⁹. Sin embargo, el lamentable episodio de Varennes, en el que Luis XVI intentó fugarse de la custodia a la que se le había sometido, aunado a sus posibles comunicaciones con monarcas extranjeros para una posible intervención en Francia, serían determinantes para generar el espacio propicio para la asunción al poder de los montañeses, es decir, para el sector más radical de la revolución.

En efecto, la influencia de esta corriente se vio reflejada en la carta constitucional de 1793. Este documento trató de someter, casi en su totalidad, al Poder Ejecutivo frente a la Asamblea. Fue por ello que su ámbito de desenvolvimiento era abiertamente reducido. Se intentó, de esta manera, remitirse a los postulados de Montesquieu respecto de la separación de poderes, a fin de evitar que una figura concentre demasiadas atribuciones a su favor. Sin embargo, en realidad se reemplazó un poder absoluto por otro. La persecución que llevó a cabo el denominado «gobierno del Terror», liderado por la figura de Maximiliano Robespierre, ocasionó la supresión de cualquier clase de oposición que mengüe los efectos de la revolución. Muchas cabezas cayeron bajo la guillotina del radical francés, quien, como suele mandar la historia, corrió similar destino. Sin embargo, ni el arresto de los diputados girondinos ni la aprobación de la nueva Constitución supusieron la estabilidad plena del régimen. En realidad, los meses siguientes a la asunción del mando por parte de los jacobinos se caracterizaron por el enfrentamiento con diversos focos de resistencia (Castro, 2013, p. 323).

9 «Desaparecía la Constitución, el poder real solo existía nominalmente, el rey no era más que el ejecutor de las órdenes de la representación nacional, y los ministros eran rehenes responsables en el poder de la Asamblea» (Lamartine, 1965, p. 34).

Su caída tuvo como contexto la denominada «reacción de Termidor», movimiento que, al advertir los excesos en los que había incurrido el gobierno liderado por los montañeses, requería de una conducción mucho más moderada. Producto de este nuevo movimiento se producirá el texto constitucional de 1795, el cual, si bien devolvía facultades al Poder Ejecutivo, lo hacía a través de un gobierno colegiado, que fue denominado como «de Directorio». Su vigencia se extiende hasta la asunción al poder de Napoleón Bonaparte en 1799, fecha en la cual se estima que la revolución, como tal, ya había cesado.

Se advierte, pues, que la revolución produce, por lo menos, tres corrientes de pensamiento, por lo que la Revolución francesa no nos genera una sola tendencia. Hablar, pues, de la influencia de la Revolución francesa, nos obliga a precisar cuál de estos tres grandes bloques generó mayor simpatía por parte del legislador nacional. A ello precisamente se dedicará el presente estudio en los siguientes apartados.

2.3. LA LABOR DE LOS IDEÓLOGOS REVOLUCIONARIOS Y REFORMISTAS EN LOS SIGLOS XVII Y XIX

Por último, es importante destacar el pensamiento de diversos autores americanos, los cuales pusieron en tela de juicio las atribuciones de las autoridades españolas en las colonias. Incluso, en esa época, aparecen pensadores que abogan por la completa libertad de América. La obra y la labor de personas como Francisco de Miranda y Vizcardo y Guzmán serán esenciales para la toma de conciencia en América.

Francisco Tudela y Varela (1969) recuerda que

es esta la etapa histórica de los precursores que actúan cerca de los gobiernos de Londres y Washington en busca de apoyo para realizar sus planes conducentes a sacudir del dominio español a América. Descuella, entre todos, Miranda, cuyas gestiones de entonces determinan actitudes políticas, suficientemente definidas y comprobadas en sus orígenes, para ser tomadas en consideración (p. 97).

En efecto, la importancia de Miranda, gran alentador de una revolución en América, no solo se da por su genio militar o por los notables contactos que tenía. Su rol fundamental también se hizo notar en la difusión de la conocida «Carta a los españoles americanos» de Juan Pablo Vizcardo y Guzmán. De hecho, ese documento —incendiario para la época por su idea de concientizar a la ciudadanía americana de todos sus males— fue calificado por Miranda como una herramienta demoledora de la monarquía (Belaunde, 2002, p. 122). Aunque no lo pareciera, era el inicio del fin de las colonias en este extremo del continente.

A ello debemos añadir que existieron muchos documentos que, sin ser de la época, inspiraron los debates constitucionales en distintos países. Es el caso de la obra *Comentarios reales* del Inca Garcilaso. Esta obra será considerada como una «historia verídica de la civilización inca, un recuento fidedigno que despertará gran interés y curiosidad en los lectores» (O’Phelan, 2014, p. 12), la cual inspirará a precursores como el mismo Miranda y Túpac Amaru II¹⁰. Además, como recuerda Edgar Montiel (2012):

los *Comentarios Reales* del Inca Garcilaso también influyeron en los debates de los diputados partidarios de una monarquía en las Provincias Unidas del Río de la Plata, en el Congreso de Tucumán de 1816. El general Manuel Belgrano propuso en el Congreso de Tucumán la creación de una monarquía encabezada por un Inca durante la sesión secreta del 6 de julio de 1816. No se trataba de una restauración del régimen incaico, sino más bien de una monarquía que tendría elementos diferenciadores de aquellas asentadas en el Viejo Continente (p. 114).

10 Establecer la fecha exacta del inicio y el fin de lo que puede denominarse como época de la emancipación es ciertamente complejo. Sin embargo, una excelente referencia se puede consultar en las obras de Raúl Porras Barrenechea. De acuerdo con el autor peruano, «para estudiar las fuentes de la emancipación precisa establecer la extensión y las peculiaridades de este período histórico. Puede establecerse como la fecha más remota para rastrear los orígenes de la Emancipación la del año 1780, en que se produjo la insurrección de Túpac Amaru en el Cuzco; y como el término de la jornada emancipadora, el año de 1826, con la rendición de los castillos del Callao por Rodil» (Porras Barrenechea, 1963, p. 279).

Sin embargo, y pese a estos conocidos episodios, la mayor cantidad de pensadores peruanos de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX eran reformistas. Debe precisarse, en todo caso, que esto no suponía que hubiesen extendido un cheque en blanco para el ejercicio de las facultades que en ese momento ostentaban las autoridades. Así, en su conocido «elogio» al virrey Agustín de Jáuregui, Baquíjano y Carrillo esbozó interesantes ideas en torno a los límites del poder de las autoridades. De este modo, sostenía que «mejorar al hombre contra su voluntad ha sido siempre el engañoso pretexto de la tiranía; que el pueblo es un resorte, que forzado más de lo que sufre su elasticidad, revienta destrozando la mano que lo oprime y sujeta» (citado por De la Puente, 1993, p. 147). El discurso, contextualizado en la época en que fue proferido, y considerando el aún imponente poder español en el Perú, es, por decir lo menos, extremadamente polémico. Y ello no solo porque también es un reclamo relacionado con la forma en que se develó la rebelión de Túpac Amaru II, sino también por las constantes apelaciones que el pensador nacional hacía a la idea de la soberanía de la nación. Como diría José de la Riva-Agüero y Osma (1971):

por eso sorprende y admira la independencia y altivez de Baquíjano. El elogio de Jáuregui, que pronunció el 27 de agosto de 1781, es la antítesis de todos los elogios anteriores: es una vigorosa protesta contra un largo pasado de abyecta adulación. Y téngase en cuenta que la época era difícil, y nada propicia para que se disimulara y pasara inadvertida la franqueza y la audacia. Desde hacía cuatro años estaba conmovido todo el país (p. 30).

El pensamiento de esa época fue, en algunos casos, promovido por las reformas universitarias del siglo XVIII; en otros, se tuvo que recurrir a la clandestinidad para la difusión de textos. Es el caso de Toribio Rodríguez de Mendoza, quien, fundamentalmente desde el Real Convictorio de San Carlos, promovió el debate de ideas que terminarían por inspirar a muchos pensadores peruanos. Sobre ello, Luis Alberto Sánchez (1989) recuerda que

el mismo año que Rodríguez de Mendoza llega al rectorado de San Carlos, el arzobispo González de la Reguera, que dos años antes había apoyado al doctor José Miguel Villalta contra Baquíjano, prohíbe la enseñanza del Derecho Natural. Se inicia, entonces, la propaganda clandestina de dicha disciplina (p. 947).

La influencia del pensamiento francés es ya evidente en este punto.

Finalmente, otro autor peruano que fue líder en las propuestas de reforma fue Manuel Lorenzo de Vidaurre. Plenamente consciente de la deficiente organización colonial, presenta su Plan de Perú como una herramienta que, sin suponer una separación abrupta con la metrópoli, permita solucionar los problemas cotidianos en la administración. Víctor Andrés Belaúnde (1983) refiere que

su Plan del Perú está pues en la línea divisoria de las dos épocas. En él se pintan a través de una visión directa y personal los gravísimos defectos de la organización colonial y se señala un plan de reformas sin salir del régimen estrictamente monárquico (p. 53).

Se advierte, así, que los peruanos, si bien no tenían una idea consolidada sobre la posibilidad de la independencia, no permitirían la vigencia del antiguo *statu quo*, que tantas arbitrariedades había dejado en el país.

3. LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y SU INFLUENCIA EN LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

Para nadie es un secreto que el principal hecho que motiva la Revolución francesa se relaciona con la escasa importancia que se brindaba al sector compuesto por el denominado Tercer Estado. La votación por estamento, y no por persona, que se pregonó en los Estados Generales convocados por el mismo Luis XVI generó una importante desazón. Del mismo modo, la estructura del sistema aún permitía la prevalencia del privilegio.

Dicho sector, evidentemente el más numeroso dentro de la Asamblea, se sintió perjudicado con el funcionamiento de los Estados Generales, por lo que decidió separarse, tal y como fue expuesto con anterioridad. En el conocido «Juramento del Juego de la Pelota», los integrantes de la Asamblea prometen no dejar de sesionar hasta darle a Francia una Constitución. Luis XVI se vio forzado a indicarles a los integrantes del clero y de la nobleza que debían adherirse a las deliberaciones de la flamante Asamblea Nacional. Fruto de estas sesiones se adopta la Constitución de 1791, que aún reconocía la institución monárquica. Se trataba, pues, de una monarquía de carácter constitucional.

La idea de una Asamblea Nacional con facultades constituyentes va a ser muy seductora para los constituyentes peruanos. Raúl Porrás Barrenechea (1974), al referirse al Congreso Constituyente de 1822, lo dijo con meridiana claridad: «una revolución sin asamblea constituyente debió parecer a los patriotas de 1821, admiradores entusiastas de la Revolución francesa, desairada e incompleta. Fue por eso anhelo unánime, desde la proclamación de la independencia, la convocatoria a un congreso constituyente» (p. 197). Este momento fundacional de la historia constitucional peruana, así como las fuentes a las que solían apelar los miembros de esta primera Asamblea Constituyente, permiten advertir lo conocidos que eran los pensadores y las fórmulas francesas para los estudiosos peruanos de la época.

Pese a esta clara influencia, no podemos afirmar, sin más, que el producto de esta Asamblea Nacional, que fue la Constitución francesa de 1791, generó un mayor impacto en el Perú de los inicios de la República. Como se expuso con anterioridad, dicha carta reconoció la figura de la monarquía constitucional, la cual no terminaría admitiéndose en el Perú. Sin embargo, todo ello fue objeto de un intenso debate en la conocida polémica entre monarquistas y republicanos, que fue auspiciada por la Sociedad Patriótica, institución impulsada fuertemente por José de San Martín y Bernardo Monteagudo, personajes que fueron los que más se tomaron en serio la implantación de un gobierno

monárquico en el Perú¹¹. Se trató del primer gran debate del flamante Estado peruano y, aunque no vencieron en la imposición de sus ideas, los monarquistas forzaron a los republicanos a sacar lo mejor de su repertorio, el cual, en muchos casos, estaba compuesto de pensadores franceses.

Es, por lo demás, una terrible ironía de la historia el que haya sido el mismo Monteagudo quien haya impulsado el debate. Ocurre que, para el nacido en Tucumán, lo que haría la Sociedad Patriótica en este debate no sería sino confirmar la conveniencia de la forma monárquica de gobierno. Estaba convencido de que la experiencia que tanto Argentina como Chile vivieron sería una razón de peso para que los peruanos asumieran que no debía adoptarse la forma republicana. Sin embargo, el debate terminó por demostrar que esa postura no era la compartida por la élite peruana, muy influenciada por las experiencias de Francia y los Estados Unidos. En realidad, un tema como este no debió ser materia de una entidad académica (McEvoy, 2012, p. 77), ya que la trascendencia de lo que se debatía debía ser, por la coyuntura política, una cuestión que tenía que deliberarse en el Congreso. De esta forma, Monteagudo, más que acelerar la instauración de una monarquía en el Perú, le dio prácticamente un golpe de gracia.

Son ya conocidos el contexto y el contenido del debate. Por un lado, el clérigo Ignacio Moreno, haciendo constante referencia a Montesquieu —lo que demuestra que los pensadores franceses no solo fueron fuente de inspiración para el bando republicano—, justifica que la forma de gobierno debe garantizar la siguiente fórmula: la dispersión del poder político es directamente proporcional con el grado de civilización de un pueblo, e inversamente proporcional con la extensión del territorio. Ello, aunado a la

11 Aunque con la Sociedad Patriótica se intentó fomentar, entre otras cosas, la instauración de la monarquía en el Perú, existen otros episodios de la historia peruana en los que este debate se presentó, aunque ya sin el mismo grado de polémica que se vivió en 1822. Entre otras cosas, Jorge Basadre hizo notar que la asunción en el trono de Maximiliano en México reavivó una pequeña llama de esperanza para la monarquía, la cual fue apagada inmediatamente por Vigil. Al respecto, véase Basadre (2002, pp. 83-ss.).

carencia de un personaje que asuma, con éxito, la Presidencia de la República, impulsaba a pensar que la forma monárquica era la que más convenía al Perú. Por otro lado, Manuel Pérez de Tudela, confrontando esta tesis, demostró que la experiencia de los Estados Unidos y otros países comprobaba que esas ideas no eran necesariamente ciertas¹². También estimó que debía fomentarse conciencia cívica en la ciudadanía peruana, y eso solo lo permite la fórmula republicana, que hace posible la designación, por elección popular, sea esta directa o indirecta, del jefe del Poder Ejecutivo¹³.

Curiosamente, José de San Martín, monarquista profeso, fue menos autoritario que Bolívar, quien condenó fervorosamente la monarquía¹⁴, con ciertos visos de predestinación¹⁵. Ambos no

12 La intervención de Manuel Pérez de Tudela fue, por lo demás, muy curiosa, ya que obedeció, fundamentalmente, al misterioso silencio de Luna Pizarro. Margarita Guerra (2016), al hablar de Tudela, refiere que «la esperada intervención de Luna Pizarro, que había designado por el Presidente de la Sociedad, no se llegó a producir, pese a que se consideraba decisiva. Salió en su reemplazo el hombre conocido por su mesura, lo cual inicialmente llegó a desilusionar a muchos, pero luego, ante los sólidos argumentos que empleó, llegó a electrizar a la audiencia» (p. 89).

13 Este debate es expuesto por diversos autores, en particular, consultar a Jamanca (2015, pp. 85-ss.).

14 César Francisco Macera (1950), al referirse al caso de José de San Martín y su pensamiento monárquico y no autoritario, es muy elocuente: «trátase con insistencia del propósito sanmartiniano para establecer en el Perú una monarquía constitucional —sistema que rigió en Brasil con éxito notable— y hasta llegan a atribuírsele sentimientos antidemocráticos por ese motivo, como si la primera nación democrática del mundo, Inglaterra, no fuera una monarquía constitucional que ha resistido por siglos» (p. 107).

15 Evidentemente, en este momento histórico aún no será relevante la figura de Simón Bolívar. Se conoce su obra y lo decisivo de su accionar para los movimientos en América del Sur; sin embargo, aun no tendrá una presencia gravitante para ese entonces. José de San Martín fue el que promovió la convocatoria a un Congreso Constituyente, a fin de que sean los propios peruanos quienes decidan el rumbo de su historia. Situación ciertamente distinta a la de Bolívar, quien impulsó de manera constante su «Constitución vitalicia», la cual estaba llamada a regir, para siempre, los designios de la flamante república, y que, irónicamente, terminó siendo una de las que menos tiempo tuvo aplicación en el Perú. Sobre ello, Ernesto Rojas (2006) sostiene, en relación con la figura del Libertador, que era en realidad una figura paternalista, ya que «siempre él mismo, Bolívar, se

fueron siempre coincidentes en cuanto a la forma de conducir a las flamantes repúblicas. Como señalara Lizardo Alzamora (2004):

la jura de la independencia sorprendió al Perú dividido y en tal estado tuvo que afrontar el choque de dos ideologías, libertadoras ambas, pero ambas peligrosas. La del Sur, representada por San Martín como jefe visible y por Monteagudo como mentor, quería una libertad total, sin que la monarquía fuera extraña a sus planes. La del Norte, encabezada y sustentada por Bolívar con auxilio de Sucre, pretendía constituir un gran bloque sudamericano que, bajo la hegemonía de la Gran Colombia y la égida del Libertador, fuera un contrapeso en la política mundial y un baluarte republicano en aquellas horas de amargura para la causa democrática, en la que la Santa Alianza comenzaba ya a ejecutar sus amenazantes planes reaccionarios (pp. 188-189).

La solución de la Constitución de 1823, pues, no se acercó en este extremo ni a la propuesta de Cádiz de 1812 ni a la Constitución francesa de 1791. Fue republicana, aunque con un presidente con escasas facultades y nombrado por el Congreso de la República. Los peligros de una fórmula como esa, en plena guerra con los españoles, fueron ampliamente conocidos por los integrantes del Congreso Constituyente que adoptaría el texto de 1823. Ciertos constituyentes, como Sánchez Carrión, estaban convencidos de la necesidad de un Poder Ejecutivo con considerables facultades. Como precisa Manuel Vicente Villarán (1962):

algunos diputados, invocando el principio político de la división de los poderes como necesario a la libertad civil y el bienestar de los pueblos, opinaron que el congreso debía contraerse al ejercicio del poder legislativo y crear un poder ejecutivo separado. Sánchez Carrión estaba en favor de la separación. Declaró que este sistema era un dogma en política; que la tiranía de la convención francesa fue originada por haber retenido las facultades de hacer y ejecutar leyes. Predijo la inestabilidad del gobierno (p. 33).

consideró el predestinado a conducirlos hacia la madurez, a través de unos años de tutelaje en los que él y su sucesor en una presidencia vitalicia asegurarían la buena marcha de los acontecimientos» (p. 96).

Un dato que tampoco puede dejar de resaltarse es que no existía, al menos en ese momento, alguna persona que tuviera los méritos necesarios como para asumir una posible corona peruana. La situación de la nobleza limeña no era la mejor. Vidaurre nota que se trataba de

nobles sin valor, sabios por los libros mas no por las costumbres; patriotas por lo fértil del suelo, no por la energía de las almas, ricos por la abundancia de los metales, no por la industria y el comercio; cristianos por el culto exterior de los sentidos, no por la fiel observancia del evangelio, ¿para qué podrían ser útiles, ni lo serán jamás, miserables reptiles: habladores incansables? (citado por Montoya, 2002, p. 62).

No faltaron, sin embargo, críticos acérrimos de la forma de gobierno elegida. Entre ellos, uno de los más destacados fue José María de Pando, quien incluso llegó a colaborar prestando sus servicios al Libertador. Afirmaría con extrema crudeza que

si los republicanos del nuevo mundo están contentos con las instituciones políticas, nada tengo que decirles. En cuanto a los Estados que fueron parte de la América española, estoy sin embargo cierto de que los hombres sensatos y virtuosos que tienen la desgracia de habitar allí, se hallan muy convencidos de que sería un beneficio para ellos hasta la monarquía absoluta (Baltes, 2014, p. 33).

La fórmula final que reconocería el texto sería la de un Poder Ejecutivo nombrado y controlado tanto por el Congreso como por el denominado Senado Conservador. En este punto, bien podría decirse que existió el mismo temor que los españoles y los franceses liberales tenían respecto de un Ejecutivo desbordante. Los peruanos de la época también reprodujeron otro error en el texto constitucional de 1823: la visión, excesivamente rígida, del principio de separación de poderes, lo cual implicaba que no existían escenarios de cooperación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

Precisado lo anterior, en el siguiente apartado haré referencia, en el marco del análisis de las disposiciones constitucionales de 1823, a la herencia francesa que subyace en esta forma de comprender el funcionamiento del Estado.

4. LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1823 Y LA HERENCIA FRANCESA. UNA PARTICULAR REFLEXIÓN EN TORNO A LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789

Como se ha indicado en la presente investigación, las disposiciones de la Constitución de 1823 tienen múltiples fuentes. Nos hemos centrado en este caso en la influencia francesa, sin que ello implique desconocer la importancia de lo que, en su momento, supuso el texto gaditano y la Revolución de las Trece Colonias. En este último apartado, pues, corresponderá detectar la impronta francesa detrás de los principios e instituciones que reconoció el texto constitucional de 1823. Para ello será relevante no solo el análisis comparativo (sobre todo en aspectos centrales como la redacción) de los documentos constitucionales, sino también a través de las ideologías que estuvieron detrás de su aprobación.

Como se indicó con anterioridad, el texto gaditano de 1812 fue promulgado y entró en vigencia en el territorio peruano. Con la posterior llegada de San Martín y con la proclamación de la independencia se intentó, de alguna manera, hacer saber que el poder del militar argentino pondría en entredicho las facultades de las autoridades españolas. En ese sentido, Valentín Paniagua (2003) sostiene que

pocos días después de la declaración de la independencia, esto es, el 9 de agosto de 1821, San Martín resolvió abolir, en todas sus partes, la Constitución de Cádiz, disponiendo que las actas de reconocimiento existentes, en todos los tribunales y corporaciones del Estado peruano, se desglosen del libro en que estén

insertas y se remitan inmediatamente al Ministerio de Gobierno. La declaración tenía, por cierto, graves implicancias. Políticamente, era la ruptura definitiva con la Metrópoli y el desconocimiento de toda legitimidad a los actos de las autoridades virreinales (p. 273).

Ahora bien, el hecho de que se intentara alguna suerte de rompimiento con la antigua metrópoli, de ninguna manera permite concluir que no existiera ninguna influencia por parte del sistema constitucional español. Este punto lo hemos resaltado a lo largo de la presente investigación. En todo caso, es preciso tomar en cuenta dos cuestiones: i) el movimiento revolucionario español que defendía el reinado de Fernando VII empleó, por curiosa ironía, las doctrinas del pacto social, desarrolladas y justificadas en la Revolución francesa, y prueba de ello es que la soberanía, ante la ausencia del monarca, debía retornar a su verdadero titular, que no era más que la nación; y, además, ii) en los debates constituyentes la referencia directa a los pensadores franceses fue muy marcada, lo cual puede obedecer a una cuestión de orgullo nacional, al no querer citar a pensadores españoles, y también al hecho de que los movimientos insurreccionales que acaecieron en Francia y España inspiraron a los ideólogos durante el primer constitucionalismo peruano.

En esta misma línea, Joaquín Varela (2020), uno de los principales estudiosos de la historia constitucional española, ha sostenido que

no resulta extraño, por todo ello, que el modelo constitucional más influyente entre los liberales doceañistas fuese el que se había vertebrado en Francia a partir de la Declaración de Derechos de 1789 y de la Constitución de 1791. Un texto este último que se tuvo en cuenta a la hora de redactar la Constitución española de 1812 (p. 55).

Es importante destacar que es justamente este momento de la revolución en Francia el que generó un importante impacto en los liberales españoles. Por otro lado, los postulados de los

movimientos radicales que empiezan con la implementación de la carta de 1793 no fueron muy bien recibidos ni en España ni en los antiguos dominios americanos.

Esta terrible imagen de los episodios más violentos de la revolución también se pudo advertir en el Perú, en particular cuando se informó respecto de la ejecución de Luis XVI. Esta etapa, la más radical por cierto de la revolución, fue recepcionada de manera negativa en el Perú, acaso presintiendo que el apoyo popular en su versión más radical podría generar una situación similar. Como refiere Claudia Rosas (2006), citando las diversas publicaciones de la *Gaceta de Lima*, diario de amplia circulación:

la imagen que se presenta en el conjunto de las noticias es la de una espantosa revolución que ha transtornado a la Francia, constituida por una ola de asesinatos, incendios, parricidios, regicidios y toda clase de crímenes. Por ello, la revolución era vista como una prueba de la incertidumbre de la prosperidad humana. Es presentada como un conjunto de horriblas turbulencias que se dieron sucesivamente hasta culminar en la muerte del soberano. Por ello, en muchos pasajes, se habla de revoluciones en plural, en vez de utilizarse el término en singular. Se le asocia también a la falta de razón y juicio, en una noticia se propone que la Revolución es producto de una serie de instantes de demencia (p. 101).

Cuando en el Perú se tuvo esta primera impresión de la revolución, muchos dejaron de creer que la separación con la metrópoli fuese una adecuada solución. El estigma que se le creó, sobre todo a través de las publicaciones de la *Gaceta de Lima*, como movimiento irreligioso, persuadió aun más a la siempre conservadora élite limeña. Es muy irónico, además, que este órgano, claramente antirrevolucionario y al servicio de la autoridad virreinal, terminó por permitir que se filtrara información sobre la verdadera situación en España y difundir, además, las ideas ilustradas, las cuales terminaron por fundamentar la causa peruana (Rivara, 1972, p. 22). Todo esto no supuso, sin embargo, que los máximos representantes del pensamiento no tuvieran en mente alguna clase de reformas para el sistema vigente.

Ahora bien, el hecho de que existiera un especial repudio a la fase más radical de la revolución no puede conducirnos a sostener, sin más, que el pensamiento francés iba a ser erradicado de los pensadores peruanos ilustrados de la época. Y es que muchas de las lecturas e instituciones diseñadas por los franceses van a seguir generando importantes debates en el terreno americano.

Es entendible, pues, que la revolución hubiera generado un doble impacto: negativo, para aquellos que seguían creyendo en una autoridad férrea (incluso mejor si era monárquica); y positivo, para todos aquellos que deseaban romper definitivamente con el yugo español, y reconocer, en la medida de lo posible, un Poder Ejecutivo que dependa del Legislativo, al fiel estilo francés. Por ello, en medio de la confusión, el texto constitucional de 1823 pretendió acercarse, de cierta manera, a la herencia francesa, no a través del derramamiento de la sangre o la instauración de un régimen del terror, pero sí con la creación de instituciones que limiten severamente las facultades del encargado del Poder Ejecutivo.

A fin de advertir la influencia de los documentos franceses en el Perú, se abordarán algunos temas medulares del texto constitucional de 1823, para evidenciar los aportes de los textos constitucionales de ese país, o si aquello no ocurrió, tratar de indagar sobre los motivos por los cuales esa situación se dio. Nos detendremos, particularmente, en las siguientes instituciones: i) la idea de nación; ii) la «existencia» (o inexistencia) de un catálogo de derechos fundamentales; iii) la cuestión religiosa; iv) las relaciones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo y v) la existencia del «senador conservador». Analicemos, pues, dichos aspectos.

i) La idea de «nación» en la Constitución

El capítulo I del texto constitucional de 1823, acaso el más importante para detectar la influencia de documentos foráneos, regula todo lo relativo a la nación peruana. El artículo 3 reconocía que la soberanía «reside esencialmente en la Nación, y su ejercicio

en los magistrados, a quienes ha delegado sus poderes». La regulación es muy similar a la contenida tanto en el texto gaditano como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Por ello, es posible afirmar que, en realidad, este último documento fue el que inspiró los debates constituyentes tanto en España como en América, dada la sucesión temporal y la ya admitida influencia francesa en los debates constituyentes de Cádiz.

El texto peruano, sin embargo, fue más cuidadoso al precisar que esa soberanía la ejercen los representantes, a quienes el pueblo les ha delegado esas facultades. Esta redacción no es inocua, refleja la concepción de una democracia representativa, lo cual hace notar que no fue Rousseau precisamente, al menos en este punto, el autor preferido de los constituyentes peruanos. Los problemas de la idea de democracia en el autor francés son harto conocidos. Como sostiene García de Enterría (1986) en relación con Rousseau:

el dogmatismo de la voluntad general lleva a este autor a exacerbar lo que en esos otros anteriores estaba ya expreso, la afirmación de la ley como piedra clave del sistema político, de modo que las demás funciones estatales refieren a la Ley, como una simple actualización de la misma, toda su sustancia. La idea específica del Gobierno como simple ejecutor de las leyes (generales) es explícita (p. 33).

Esta noción fue parcialmente aplicada en el caso peruano. Como se afirmó, no se reguló, por ser en realidad impracticable, un sistema de democracia directa, más aún por la desconfianza respecto del nivel cultural de la mayor cantidad de la población peruana. En cambio, se optó por un modelo de democracia representativa, en el que los integrantes del Congreso se encargarían de adoptar las leyes que más conveniesen a la república. No obstante ello, sí fue tomada en cuenta la idea de sumisión del gobierno, el cual no pasó a ser sino un simple ejecutor de las leyes.

Un aspecto muy interesante se advierte en el artículo 5 de la Constitución, el cual dispone que «la Nación no tiene facultad para decretar leyes que atentan contra los derechos individuales». La primera idea que surge, si es que se piensa en el espíritu del texto constitucional, es que, en lugar de «nación», el documento se quiso referir a la idea de «Estado»¹⁶. Si ello fuera así, el documento de 1823 se adhiere a una noción de derechos preestatales, que imponen incluso límites de carácter sustantivo al Poder Legislativo. De ser ello cierto, ningún «poder» del Estado, ni incluso el que representa al pueblo soberano, tiene la posibilidad jurídica de vulnerar, a través de la expedición de leyes, los derechos naturales de la persona. Sobre ello, es bastante conocido que esta referencia a unos derechos naturales preexistentes al ordenamiento es de clara impronta tanto francesa como estadounidense.

Si, por otro lado, el texto constitucional de 1823, en el artículo 5, quiso referirse a la idea de «nación» como conjunto de personas que comparten vínculos históricos y culturales, entonces el documento va más allá, ya que estimaría que ni el mismo pueblo tiene la posibilidad de vulnerar las libertades individuales. En el caso anterior, bastaba para fundamentar la limitación la idea de que estos derechos son de carácter preestatal, ya que ello obligaba que los poderes creados no estaban facultados para vulnerar las libertades individuales. Sin embargo, si el texto se quiso referir a la idea de «nación» como un conjunto de personas vinculadas por lazos históricos y culturales, entonces lo que se está reconociendo es que ni el pueblo mismo tiene la potestad de acordar restringir arbitrariamente dichas libertades. Se trataría, en consecuencia, de una perspectiva contramayoritaria de los derechos, los cuales no podrían ser vulnerados ni siquiera con el consentimiento de las mayorías.

¿Pudo ir tan lejos el texto constitucional de 1823? No creemos que haya ocurrido de esta manera. Se estima que el constituyente de aquella época empleó, de manera indistinta, la idea de

16 Este es el parecer de Jorge Basadre, incluso refiriéndose al mismo artículo 5 que es objeto de comentario. Al respecto, véase Basadre (1968, p. 67).

«nación» como «Estado» o «como conjunto de personas vinculadas por nexos históricos y culturales». Esto se advierte en distintas disposiciones constitucionales. Por ejemplo, para defender la idea de «nación» como conjunto de personas, se puede hacer referencia a las siguientes cláusulas:

Artículo 3.º. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y su ejercicio en los magistrados, a quienes ha delegado sus poderes.

Artículo 30.º. Tocando a la Nación hacer sus leyes por medio de sus representantes en el Congreso, todos los ciudadanos deben concurrir a la elección de ellos, en el modo que reglamenta la ley de elecciones, conforme a los principios que aquí se establecen. Esta es la única función del Poder Nacional que se puede ejercitar sin delegarla.

Artículo 51.º. El Congreso del Perú en quien reside exclusivamente el ejercicio del Poder Legislativo, se compone de todos los representantes de la Nación, elegidos por las provincias.

Artículo 110.º. Se administrará justicia en nombre de la Nación.

Por otro lado, si queremos hacer referencia a la «nación» como Estado, también encontramos distintas disposiciones constitucionales que efectúan esta confusión:

Artículo 4.º. Si la Nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social: así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales.

Artículo 161.º. La Nación reconoce la deuda pública, y su pago depende del honor nacional; para cuyo fin decretará el Congreso cuanto estime necesario a la dirección de este importantísimo negocio.

Aunque, es justo decirlo, en algunos pasajes el constituyente sí reconoce expresamente la idea del «Estado» como concepto diferenciado de la «Nación». El artículo 9, que regula los aspectos concernientes a la religión, establece que «es un deber de la Nación protegerla constantemente, por todos los medios conformes

al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente». El artículo 148, en una línea similar, dispone que «constituyen la Hacienda Pública todas las rentas y productos que conforme a la Constitución y a las leyes deban corresponder al Estado». Finalmente, el artículo 156 reconoce que «las aduanas se situarán en los puertos de mar y en las fronteras, en cuanto sea compatible con la recta administración, con el interés del Estado, y del servicio público». Todo ello nos conduce a interrogarnos lo siguiente: si es verdad que el constituyente emplea la idea de «Estado» en diversas disposiciones constitucionales, ¿significa ello que estaba al tanto del concepto?

Esto implicaría que en 1823 se conocía plenamente el uso tanto de la palabra «nación» como la de «Estado». Entonces, la explicación para poder advertir el uso de ese término en la Constitución radica en que, en realidad, se asimilaba constantemente con la idea de «Estado». Ello era común en el siglo XIX, ya que, a menudo, ambas nociones eran objeto de confusión (Ferrando, 1975, p. 6). Creer que el mismo pueblo, soberano por antonomasia, tenía límites en su accionar, no parece ser un pensamiento propio de la época. En consecuencia, es muy probable que se hayan confundido los términos. Si la inspiración fue, como parece ser, el pensamiento francés, el constituyente se quiso referir al Estado, concretamente al Poder Legislativo. Así, en el título I de la Constitución de Francia de 1791, se advierte que se reconoce que dicho poder del Estado «no podrá hacer leyes que mermen o dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles reconocidos en este título».

ii) La existencia de un catálogo de derechos fundamentales

Es muy curiosa la Constitución de 1823 en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales, los cuales, en el capítulo V, son denominados como «garantías constitucionales». La Constitución de Cádiz, si bien reconoció un importante elenco de libertades, no lo hizo de manera sistemática, por lo que algunos derechos se pueden notar como dispersos a lo largo de su texto.

La idea de capítulos o declaraciones de derechos se inspira, así, más en la idea francesa que en la española. El caso de los Estados Unidos es muy particular, ya que del texto de 1787 —al menos en su fórmula inicial— no se advierte el reconocimiento de algún derecho, lo cual no obedecía a que no los estimaran como importantes, sino que el legislador temía que su enunciación genere posibles vacíos. Esto se modificó, en todo caso, con la aprobación de las primeras diez enmiendas.

Ya en la declaración francesa de 1789 se notó la importancia de contar con un plexo de derechos regulados de manera sistemática. De hecho, este documento fue incorporado íntegramente en las primeras constituciones. Lo que es en extremo llamativo en el texto peruano de 1823 es la ubicación de estas garantías, literalmente en la parte final de la Constitución. Sí es importante precisar que, para el constituyente peruano de la época, fue fundamental reconocerlos en un capítulo diferenciado del documento, y no de manera dispersa y asistemática como se hizo en el texto gaditano.

Otro aspecto significativo que concierne a los derechos se advierte en cuanto a su supuesto carácter absoluto, cuestión que no se destaca ni en la Constitución de Cádiz ni en las francesas de 1791, 1793 o 1795. El artículo 193 del referido documento constitucional peruano reconocía que estos derechos eran «inviolables». Entre dichas libertades se encontraba, por ejemplo, la «buena» opinión, la libertad civil, el secreto de las cartas y la igualdad ante la ley. En esta redacción, la infalibilidad del constituyente alcanzó su máximo: se creía que las libertades no conocían ninguna clase de límites, lo cual en la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sí se admitía. Por ello, con justa razón Toribio Pachecho (2015) reconoció que

lo más extraño es que la disposición constitucional no conoce límites, pues hablando de las garantías individuales se insiste de nuevo en la inviolabilidad de la libertad civil, de la seguridad personal y de la propiedad, sin que se mencione una sola excepción en la que el bien público exija tal vez imperiosamente la suspensión de estos derechos (p. 54).

Por el contrario, la declaración francesa sí fue expresa en cuanto a esta posibilidad. El artículo 4, en particular, establece que

la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan solo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley.

Se aprecia, pues, que en este extremo el texto peruano fue mucho más radical que otros documentos de la época. Sin embargo, el abrupto fin de la carta, por la inminente llegada de Bolívar, no ha permitido evidenciar la forma en que el legislador o los órganos jurisdiccionales entendieron esta clase de cláusulas.

En todo caso, el reconocimiento explícito de este breve catálogo de libertades es también un ligero apartamiento de la Constitución de Cádiz. Como resalta Fernández Sarasola (2012):

una de las características más significativas de la Constitución de Cádiz es, sin duda, la ausencia de una declaración de derechos, algo que parece distanciarla de las Constituciones revolucionarias francesas de 1791, 1793 y 1795 que le sirvieron de patrón y modelo en gran parte de su articulado (p. 240).

De esta tajante afirmación es posible desprender varias consecuencias. Primero, que ciertamente los textos revolucionarios franceses fueron referencia, de cierta forma, para el legislador español, con lo cual cualquier intento de imitación de la Constitución de Cádiz es, al mismo tiempo, signo de adhesión de lo dispuesto en las constituciones francesas. En segundo lugar, la Constitución de Cádiz fue especial en el extremo de no contar con una declaración de derechos, a diferencia de la Constitución de 1823, la cual, aunque de una manera cuestionable desde el punto de vista de su ubicación en el texto (fue en la parte final), sí hizo referencia expresamente a las libertades. Esto de ningún modo debe conducirnos a suponer que la carta gaditana no haya

reconocido derechos (de hecho, concedió importantes libertades en su articulado), sino que ello se hizo de una manera dispersa y poco sistemática.

iii) La cuestión religiosa en el texto constitucional de 1823

En cuanto a la situación religiosa, y considerando la fervorosa fe que prodigaba la sociedad peruana, la regulación será similar a la de la Constitución de Cádiz de 1812. Es entendible esta solución en el marco del texto de 1823. Como bien explica Francisco García Calderón (2001), la religión era el fundamento de la vida, del pensamiento, la legislación y las costumbres, por lo que la misma política

se dedicó a afianzar el poder religioso, era la *ancilla theologiae*. La Inquisición tornó las ideas todavía más rígidas. El poder civil envolvía al hombre totalmente: su espíritu, su acción, su vida. El dogma fue la primera ley de la ciudad (p. 116).

Es por ello que el artículo 8 de la Constitución de 1823 establecerá que «la religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra». La redacción es prácticamente la misma que la contenida en el artículo 12 del texto gaditano. A diferencia de ambos documentos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que sustentó el reconocimiento de los derechos en las primeras constituciones francesas, reconoce en su artículo 10 que «nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley».

En Estados Unidos, la denominada *Bill of Rights* de las colonias, que se remonta a 1791, dispondrá en su artículo 1 que «El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma», lo cual es claramente entendible si se toma en cuenta que los colonos fueron, en su mayoría, personas perseguidas por razones religiosas en Inglaterra, y que además se reafirma por las distintas regulaciones

que las colonias tenían en cuanto al tema religioso. El consenso forzó, pues, a reconocer un amplio margen de libertad en materia religiosa.

En materia religiosa, en consecuencia, no se advierte alguna clase de influencia de los movimientos revolucionarios franceses. Esto se explica por el constante fervor religioso en el Perú, lo cual será aprovechado, como se advirtió con anterioridad, para estigmatizar a la Revolución francesa, y crearle, de esta manera, una imagen negativa. Al respecto, Claudia Rosas (2006) expresa, refiriéndose al *Mercurio Peruano*, uno de los principales diarios de la época, que

para el *Mercurio* el problema religioso era también uno de los tópicos principales del discurso contrarrevolucionario. Se incide en la necesidad de la religión en toda sociedad. En ese sentido, en una de las noticias se afirmaba que el destino de las naciones estaba dirigido y gobernado por Dios, lo que enseñaba tanto la razón como la revelación. Se sostenía que el íntimo enlace que existe entre la religión y el Estado era una verdad reconocida en todos los tiempos por hombres sabios y convencidos (p. 113).

Es cierto, pues, que en este extremo el pensamiento francés no fue tomado en cuenta por los ideólogos de la emancipación peruana. Sin embargo, no puede negarse que siempre estuvieron pendientes de lo que ocurría en aquel movimiento de tendencias universales, y esta atención no solo era en el Perú, sino también en la propia España. En un apartado anterior se advirtió que la principal influencia en el documento gaditano fue la Constitución francesa de 1791 —y de ahí que muchas de las ideas del constitucionalismo francés también sean indirectamente exportadas al constitucionalismo peruano—, pero de ello no debe desprenderse que existieran importantes diferencias en lo que respecta a la cuestión religiosa. En efecto, es cierto, como sostiene Guerra (1992), que entre ambos países había un importante grupo de semejanzas, las cuales provenían «de un patrimonio romano y germánico semejante y que se ha alimentado siempre de intercambios humanos y culturales muy intensos», pero también

deben advertirse sus diferencias, «una de ellas, y quizás la más significativa era la importancia del catolicismo en España» (pp. 33-34). En este punto, la cercanía cultural y las prácticas históricas generaron que el modelo peruano sea más cercano al español que al francés o al estadounidense.

iv) La organización de los «poderes» del Estado: especiales consideraciones acerca de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo

En lo que respecta a la organización de los denominados «poderes» del Estado, el texto constitucional de 1823 siguió, aunque tergiversándola, la doctrina de la separación de poderes. Como señala Pareja-Paz Soldán (2005), «el clásico principio de Montesquieu de la división de poderes les pareció un celestial invento, aunque, en realidad, crearon el régimen de tipo convencional de absoluta subordinación del Ejecutivo al Legislativo» (p. 54). La alteración radicó, de esta manera, en la creación de un poder en la práctica absoluto, sin que tuviera la posibilidad real de someterse a alguna clase de control o fiscalización por parte de los demás órganos, situación que sí se advertía del texto constitucional estadounidense de 1791 y que se refiere a los conocidos *checks and balances*.

El artículo 19 del referido documento es especialmente radical en afirmar que «ninguno de los tres poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos». En realidad, lo que este texto buscó fue someter al Ejecutivo, al propio estilo francés. Ni siquiera en la Constitución de Cádiz se advirtió esta tendencia, pues dicha carta sí reconoció, como indicara con anterioridad, ciertas atribuciones importantes a favor del rey. Tampoco es influencia del constitucionalismo norteamericano, que se caracterizó por contar con un Ejecutivo con considerables facultades.

Esto es, así, estrictamente herencia francesa, y consistió en hacer evidente el temor respecto del poder acumulado, más aún si es que este era concentrado en una sola persona, sea denominado como «presidente» o como «monarca». Sin embargo, tuvo

el defecto de dejarse influenciar por el supuesto contrario, esto es, optar por un Ejecutivo débil y sin atribuciones relevantes. La Junta Gubernativa, que «administró» el poder por nombramiento del Congreso Constituyente, ya había dado signos de que esta fórmula no era la más propicia por la coyuntura nacional. Sobre ello, Enrique de Rávago (1999) sostiene que

para el consenso unánime de los historiadores la delegación del poder ejecutivo en la Junta Gubernativa fue un error funesto, porque además de dispersar el poder, sus utópicas atribuciones eran limitadas, conferidas por el Congreso con criterio egoísta. Y no faltan los más radicales, quienes estiman que del Congreso asomó en el Perú la cabeza de la demagogia y la anarquía (p. 50).

No era ni la época ni el lugar propicio para un Poder Ejecutivo débil.

El artículo 81 de la carta de 1823 se encargará de hacerle recordar al presidente de la República sus limitaciones, entre las que se encontraban, por ejemplo, la facultad de poder mandar personalmente a la fuerza armada sin permiso del Congreso. Esta idea de un Poder Ejecutivo aislado y débil no tuvo un antecedente directo en Cádiz, pues dicho documento reconocía interesantes atribuciones a favor del monarca, como podía notarse con la facultad real de un veto suspensivo que no se reconoció para el presidente de la República en el Perú¹⁷. Sí, en cambio, se encuentran influencias provenientes del texto francés de 1793, como se tuvo la oportunidad de explicar a propósito de la primacía del Poder Legislativo en dicho documento.

17 Por ejemplo, del artículo 142 al 150 de la Constitución de Cádiz se regula la facultad del rey de negarse a la aprobación de una ley aprobada por las Cortes. Es cierto que ello opera en una tercera negativa del monarca; sin embargo, el texto gaditano faculta a que, por su negativa, alguna materia negada por él no sea debatida en ese mismo año. También es contundente la conocida «Pepa» por la protección de la institución monárquica. El artículo 168 es contundente en afirmar que «la persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad», situación diametralmente distinta a la reconocida en la carta constitucional de 1823.

v) La existencia de un «Senado conservador» como ente encargado de velar por la observancia de la Constitución y las leyes

Finalmente, se efectuarán algunas consideraciones acerca de las facultades del denominado «Senado conservador». Estas atribuciones están contenidas en el artículo 90 de la Constitución de 1823, y resaltan entre ellas la de «velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, y sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos», y la de «elegir y presentar al Poder Ejecutivo los empleados de la lista civil de la República». De conformidad con el artículo 60.24, también le correspondía proponer, ante el Congreso, a las personas que podían ser elegidas como presidente y vicepresidente de la República. También le competía controlar al Poder Ejecutivo a través de la ratificación del nombramiento de los ministros de Estado y los agentes diplomáticos. Finalmente, el artículo 187 le brinda una interesante labor de recepción de reclamos ciudadanos frente al incumplimiento de la Constitución.

¿Cuál fue la misión principal de este Senado? Si uno advierte las competencias que ostentaba, debería tener como principal misión la protección de la Constitución, habida cuenta de la inexistencia de un modelo judicial de control de la constitucionalidad de las leyes, al estilo norteamericano. Sin embargo, su propósito fue distinto. Como hace recordar Pareja Paz Soldán (2005), haciendo referencia al discurso preliminar del texto constitucional, su función esencial fue la de ser un «centinela perpetuo del Poder Ejecutivo» (p. 55). Se nota, pues, que detrás de su creación lo que más se buscó fue limitar, en su máxima expresión, el poder del referido ente del Estado.

Otra interrogante relevante radica en identificar el origen de esta institución. Si bien por el nombre de la institución uno sería capaz de pensar que podría ser el caso estadounidense, lo cierto es que, por las facultades que se le reconocían a este órgano en el ordenamiento peruano, lo único que tenían en común es el nombre. Tampoco es influencia directa del texto gaditano, la cual

se caracterizaba por el unicameralismo y sin la existencia de un órgano con competencias similares, más aún si se reconocían ciertas atribuciones importantes al monarca.

Dadas las atribuciones brindadas al Senado y, es más, por la misma exactitud del nombre, el origen es posible remontarlo al constitucionalismo francés, en particular, a lo dispuesto en la Constitución del año VIII. Ciertamente, ya en esta época muchos sostienen que la revolución, como tal, ya había culminado. Sin embargo, esto nos permite advertir algo: el modelo de control de la validez de las leyes, en el Perú, será al fiel estilo francés, esto es, de desconfianza hacia la figura del juzgador y de una admiración perpetua para el Poder Legislativo. Como se sabe, las constituciones peruanas se decantarán, incluso hacia 1979, por la inexistencia de modelos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad de las leyes. La Constitución peruana de 1823 facultaba al Senado conservador a velar por la observancia de la constitucionalidad de los actos públicos. En ello, es muy parecido a su par francés. Sin embargo, la razón de su existencia se centró en controlar al Poder Ejecutivo. Pudo tener algunas intervenciones interesantes; sin embargo, como se conoce, su destino fue similar al del resto de la Constitución, eliminado antes de su puesta en práctica ante la pronta llegada del Libertador Simón Bolívar.

En consecuencia, la rápida suspensión de la Constitución del 23 no nos ha permitido ver, en la práctica, el real funcionamiento de sus instituciones. Sí fue, en cambio, un interesante ejercicio de carácter teórico, que nos permite brindar importantes ideas acerca del pensamiento constitucional de aquella época, por lo que, pese a las críticas de las que ha sido objeto, se trata de un documento invaluable para el estudio de la historia constitucional peruana.

5. CONCLUSIONES

- La herencia de los postulados de la Revolución francesa no nos puede hacer perder de vista la notable influencia de los movimientos que, en la misma España y en los Estados Unidos,

culminaron en la aprobación de los documentos constitucionales de 1812 y 1787, respectivamente.

- Analizar la influencia de la Revolución francesa en el Perú implica disgregar los distintos momentos en que ella se desarrolló: una monarquía constitucional con el texto constitucional de 1791, una república con un Poder Ejecutivo limitado en 1793, y el régimen de Directorio con el texto de 1795. No todos estos documentos tuvieron la misma recepción y aceptación por parte de los pensadores peruanos.
- De las tres constituciones francesas aprobadas en el marco de la revolución, la que tuvo, en cierta manera, mayor impacto en el Perú fue la de 1793, sobre todo en lo concerniente a la necesidad de someter el Poder Ejecutivo a las órdenes del Legislativo. Sin embargo, la influencia directa y más notable es la producida por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Esto no implica aceptar que el régimen del terror fuera aceptado por la élite peruana; sin embargo, la idea de limitar las facultades del Ejecutivo y hacer que él dependa del Congreso, que fue reconocida en la carta de 1823, sí tuvo amplia acogida en los primeros debates acerca de la forma de gobierno.
- En el ámbito de los derechos, el texto constitucional de 1823 reconoció, al menos constitucionalmente, derechos prácticamente absolutos. Esta postura no tiene antecedentes en los documentos franceses, los cuales preveían de manera clara que el ejercicio de estas libertades también suponía la existencia de ciertos límites para su práctica.
- En lo que concierne a la cuestión religiosa, el peruano es más cercano a la herencia de Cádiz, lo cual era lógico si se entiende el decisivo rol que la Iglesia desempeñó en la sociedad peruana de la época. En Francia, por el contrario, el culto a la razón y la defensa de la libertad religiosa eran contrarios a una cláusula como la peruana.

- Finalmente, la existencia de un Senado conservador, muy típico del constitucionalismo francés, fue otra herramienta que permitió el control del Poder Ejecutivo. En este punto, las ideas de ese país permitieron mermar las facultades de un órgano que, dadas las circunstancias, era indispensable para la consolidación de la independencia.

REFERENCIAS

- Altuve, F. (comp.) (2015). *Obras de José María de Pando (1787-1840). La monarquía sin corona*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Alzamora, L. (2004). *Estudios constitucionales*. Grijley.
- Anna, T. (2003). *La caída del gobierno español en el Perú. El dilema de la independencia*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Baltes, P. (2014). *José María de Pando y la utopía monárquica*. Fundación Ugarte del Pino.
- Basadre, J. (1968). *Historia de la República del Perú* (t. 1). Editorial Universitaria.
- Basadre, J. (2002). *La iniciación de la República*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Belaunde, J. de (2002). *Juan Pablo Vizcardo y Guzmán. Ideólogo y promotor de la independencia hispanoamericana*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Belaúnde, V. A. (1983). *Bolívar y el pensamiento político de la revolución hispanoamericana*. JOMM.
- Castro, D. (2013). *Robespierre. La virtud del monstruo*. Tecnos.
- Costeloe, M. (2019). *La respuesta a la independencia. La España imperial y las revoluciones hispanoamericanas, 1810-1840*. Fondo de Cultura Económica.

- D' Medina, E. (2019). *Faustino. Pragmatismo y utopía en el republicanismo liberal de Sánchez Carrión*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- De la Puente, J. (1993). *Historia general del Perú* (t. 6). Brasa.
- De la Puente, J. (2013). *La independencia del Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Dippel, H. (2009). *Constitucionalismo moderno*. Marcial Pons.
- Fernández, I. (2012). La proyección de los derechos individuales en la Constitución española de 1812. En García, E. y García, C. (eds.), *Guerra, revolución, Constitución (1808 y 2008)* (pp. 239-268). Universitat de València.
- Ferrando, J. (1975). La nación. *Revista de Estudios Políticos*, (272), 5-58.
- García Calderón, F. (2001). *El Perú contemporáneo*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- García de Enterría, E. (1986). *Revolución francesa y administración contemporánea*. Thomson Civitas.
- Guerra, F.-X. (1992). *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. Mapfre.
- Guerra, M. (2016). *Manuel Pérez de Tudela: El Republicano*. Fondo Editorial del Congreso del Perú; Instituto Riva-Agüero.
- Jamanca, M. (2015). *La Constitución inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el momento fundacional del Perú de la primera mitad del siglo XIX*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Jellinek, G. (2009). *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Comares.
- La Abeja Republicana. Edición facsimilar*. (1971). Industrial Gráfica.
- Lamartine, A. de (1965). *Historia de la Revolución francesa* (t. 1). Ramón Sopena.

- Lewin, B. (1967). *La rebelión de Túpac Amaru y los orígenes de la independencia de Hispanoamérica*. Sociedad Editora Latino Americana.
- Macera, C. (1950). *San Martín, gobernante del Perú*. J. Héctor Matera.
- McEvoy, C. (1999). *Forjando la nación. Ensayos de historia republicana*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- McEvoy, C. (2012). La «patria científica»: política y ciencia en los albores de la república peruana. En McEvoy, C., Novoa, M. y Palti, E. (eds.), *En el nudo del imperio. Independencia y democracia en el Perú* (pp. 73-98). Instituto de Estudios Peruanos; Instituto Francés de Estudios Andinos.
- Manfred, A. (1964). *La gran Revolución francesa*. Grijalbo.
- Montiel, E. (2012). Garcilaso Inca y la independencia de las Américas. Presencia de los *Comentarios Reales* en la formación del ideario de la independencia y los derechos humanos. En Sánchez, A. y Velasco, A. (coords.), *Filosofía política de las independencias latinoamericanas*. Siglo XXI Editores.
- Montoya, G. (2002). *La independencia del Perú y el fantasma de la revolución*. Instituto Francés de Estudios Andinos.
- O'Phelan, S. (2014). *Independencia de los Andes*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Ortemberg, P. (2014). *Rituales del poder en Lima (1735-1828)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pacheco, T. (2015). *Cuestiones constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Paine, T. (2014). *El sentido común y otros escritos*. Tecnos.
- Paniagua, V. (2003). *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú (1809-1826)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Fondo de Cultura Económica.

- Pareja-Paz Soldán, J. (2005). *Historia de las Constituciones nacionales (1812-1979)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Peralta, V. (2010). *La independencia y la cultura política peruana*. Instituto de Estudios Peruanos; Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.
- Peralta, V. (2014). «Nacionales» contra «disidentes». La prensa del trienio liberal y la caída del gobierno virreinal en el Perú (1821-1823). En Martínez, A. (ed.), *La independencia inconcebible. España y la «pérdida» del Perú (1820-1824)* (pp. 25-58). Instituto Riva-Agüero; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Portillo, J. M. (2000). *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Porras Barrenechea, R. (1963). *Fuentes históricas peruanas*. Escuela de Altos Estudios y de Investigaciones Peruanistas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Porras Barrenechea, R. (1974). *Los ideólogos de la emancipación*. Milla Batres.
- Rávago, E. de (1999). *El Gran Mariscal Riva Agüero, primer presidente y prócer de la peruanidad*. Edición privada.
- Riva-Agüero, J. de la (1971). *Obras completas de José de la Riva-Agüero: t. 7. Estudios de historia peruana. La Emancipación y la República*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rivara, M. (1972). *Ideólogos de la emancipación peruana*. Publicaciones de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú.
- Rodríguez, J. (2008). *La independencia de la América española*. Fondo de Cultura Económica.

- Rojas, E. (2006). *El báculo y la espada. El obispo Goyeneche y la Iglesia ante la iniciación de la República, Perú (1825-1841)*. Instituto Riva-Agüero.
- Rosas, C. (2006). *Del trono a la guillotina. El impacto de la Revolución francesa en el Perú (1789-1808)*. Instituto Francés de Estudios Andinos; Embajada de Francia; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez, L. A. (1989). *La literatura peruana* (t. 2). EMI.
- Tackett, T. (2015). *El terror en la Revolución francesa*. Pasado y Presente Editores.
- Tudela y Varela, F. (1969). El movimiento emancipador de la América Latina y la política internacional de Europa y EE. UU. En Tauro, A., *La independencia nacional y la política de las potencias*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Ugarte del Pino, J. (1978). *Historia de las Constituciones del Perú*. Andina.
- Vadillo, J. (2020, 21 de julio). Reflexiones por Fiestas Patrias. Historiadora Carmen McEvoy: Debemos mirar el pasado para construir el porvenir. *Diario Oficial El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/99913-historiadora-carmen-mc-evoy-debemos-mirar-el-pasado-para-construir-el-porvenir>
- Varela, J. (2020). *Historia constitucional de España*. Marcial Pons.
- Villarán, M. V. (1962). *Páginas escogidas*. Talleres Gráficos P. L. Villanueva.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4642

NOCIONES Y DISCUSIONES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ: UNA MIRADA A SU DIFERENCIACIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL

The notions and discussions on public
administration in Peru: a look at its administrative
and jurisdictional differentiation

RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: raul.vidal@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-8097-9092>

RESUMEN

Este artículo pone en el escaparate académico la discusión del objetivo central de la Administración pública, la examinación dada por parte de la Contraloría General de la República y la evaluación correlativa del Sistema Nacional de Control. Además, se muestra cómo se han presentado las diversas dificultades para la determinación más certera del término «Administración pública». Aquella que pretende darle una mayor coherencia a través de los principios administrativos y de las nociones para la

elaboración del proyecto de ley que van desde la conceptualización hasta la estructuración de la Administración pública.

Palabras clave: derecho administrativo; Administración pública; principios de la Administración pública; función administrativa y jurisdiccional; proyecto de ley de bases de la Administración pública.

ABSTRACT

This article puts in the academic showcase the discussion of the central objective of the public administration, the examination given by the Comptroller General of the Republic, and the correlative evaluation of the National Control System. In addition, it explains how the various difficulties have arisen for the more accurate determination of the term «public administration». The aim is to give it greater coherence through administrative principles and notions for drafting the bill, ranging from the conceptualisation to the structuring of the public administration.

Key words: administrative law; public administration; principles of public administration; administrative and jurisdictional function; draft law on the bases of public administration.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca desarrollar aspectos y generalidades sobre el derecho para hacer uso de los conocimientos más elementales sobre el derecho administrativo, y así centrarnos en los contenidos más sustanciales sobre la Administración pública. Expondremos estas ideas con el propósito de acercarnos a la compleja y discutida elaboración del proyecto de ley, afín a la Administración pública, mediante un análisis de la estructura y

la organización de las entidades estatales, como también de los principios que dirigen su funcionamiento. Pero ¿cuál es el tratamiento legal que le ha dado dicho proyecto?, ¿cuál es su concepción sobre la Administración pública: aquella que vela y armoniza bajo prerrogativas excesivas las relaciones entre los privados y los organismos administrativos estatales, o aquella que entiende al derecho mismo de cómo alcanzar un interés común; es decir, los derechos para la colectividad?

El Estado y sus más de dos mil entidades conforman la estructura de la Administración pública en el Perú. Así, el derecho administrativo, como una vertiente del derecho público, tiene por rol el estudio de la configuración y el funcionamiento de las entidades públicas y sus relaciones con los administrados. Seguidamente, a través de sus normas, estas regulan la actividad de la Administración pública, tomando como base los principios de legalidad, razonabilidad, celeridad y simplicidad administrativa. Toda esta distribución por parte del Estado muestra que él es el obligado a brindar todos los servicios públicos destinados a la colectividad (particulares o administrados).

Por lo mencionado, cabe determinar exactamente el contenido y el sentido de la Administración pública y sus notorias diferencias en la función administrativa del Estado. Del mismo modo, se pueden determinar las diferencias entre el poder público y la facultad administrativa respecto de su anterioridad o posterioridad en la actuación misma. Entonces, según la Ley de Procedimiento Administrativo General, ¿cuáles son las entidades reconocidas como propias de la Administración pública?

Ahora bien, es preciso mantener una coherencia sobre la base de principios como el de legalidad, el cual compele a que la función de la Administración pública se enmarque según la uniformidad dictada por el ordenamiento jurídico. El Estado, como ente administrador de los servicios públicos por excelencia, tiene como función tutelar todos los derechos de la sociedad, manteniendo asimismo el deber jurídico correlativo con las demás personas. Si bien el ordenamiento jurídico encarga a la Administración

pública la verificación del cumplimiento de las obligaciones, esta también obedece a la aplicación del marco legal creado, el cual goza de una base constitucional para la reglamentación de las leyes.

Finalmente, debemos recordar que los principios que direccionan la configuración y la función de la Administración pública deberían tener una óptica más práctica y aplicativa, esto sin caer en una ley sin fuerza y puramente declarativa, para así externalizar las normas con una debida ejecución pública.

2. SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PERUANO

Determinar el concepto de Administración pública en el Perú requiere acotar todos los límites de su expresión y el sentido para el cual ha sido tratada. Requiere, además, entender los principios que rigen tanto su organización como su función.

El derecho como ordenamiento jurídico debe cumplir la función administrativa a través de las entidades estatales, aquella que estableciendo obligaciones y derechos que, según potestad normativa posee, pueda reglamentar las leyes para atender las demandas sociales.

2.1. DISCUSIÓN SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sabemos que la Administración pública tiene por exigencia resolver los temas de carácter social, proporcionando a su vez a toda la sociedad los bienes y los servicios que esta requiere en su conjunto. Pero al igual que el Estado, es el privado el que también puede resolver asuntos públicos haciendo uso de su función prestacional.

La Administración pública tiene como referente más próximo a la teoría del principio de la separación de poderes, una división tan tradicional que ya aplicaba conceptos como fiscalización y

control. Pues bien, no es posible hablar de Administración pública si no advertimos el binomio autoridad-actividad. Entendamos por autoridad al garante de la ejecución y la organización de la Administración pública, y a la actividad como aquella función que debe priorizar el ente público con sus administrados. Ahora, se puede establecer un parangón con la legislación colombiana, según lo refiere Ronald Pacheco Reyes (2017):

En suma, algunas de las bases del derecho administrativo moderno, esto es, el principio de separación de poderes, el carácter interno o nacional de este derecho, la función de mera ejecución de la ley y la unilateralidad radical de sus decisiones, parecen no ajustarse ante las nuevas exigencias de la práctica, - [sic] para la muestra, los ejemplos concretos en los que el derecho comienza a crear instituciones que parecen extrañas o «contrarias» a la Parte general del derecho administrativo (párr. 79).

La acuñación del término y su significado sobre «Administración pública» sigue siendo aún heterogéneo, por lo cual aún resulta difícil concertar una sola idea de ella. Entonces, podríamos decir que la administración estatal no tiene un solo enfoque que determine ciertamente su función, sino que también sus órganos constituyen una estructura sometida al poder estatal.

Una vez más podemos decir que la Administración pública debe ser entendida como aquella organización con poder estatal que, ejerciendo dicha autoridad con los administrados, tiene como función primaria brindar los servicios más básicos, para lograr así satisfacer sus demandas económicas y sociales. Pero ¿cómo vemos a los privados? Si bien estos no son considerados administradores públicos, cabe el reconocimiento de que sí realizan actividades para el beneficio público al igual que los entes propiamente dichos de la Administración pública. Se entiende, finalmente, que son también los privados los que pueden ejercer potestades públicas. Pues bien, el ordenamiento jurídico peruano de acuerdo con su propia regulación y amparado en la Ley de Procedimiento Administrativo General, seguido del

artículo I del título preliminar sobre el ámbito de aplicación de la ley, entenderá por entidades de la Administración pública al siguiente orden:

1. El Poder Ejecutivo (ministerios y organismos públicos descentralizados).
2. El Poder Legislativo.
3. El Poder Judicial.
4. Los gobiernos regionales.
5. Los gobiernos locales.
6. Los organismos a los que la Constitución y las leyes confieren autonomía.
7. Las entidades, los organismos, los proyectos y los programas del Estado cuyas actividades se realizan según potestades administrativas.
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa como consecuencia de una concesión, delegación o autorización del Estado.

En este mismo sentido, podemos concluir que solo las empresas de derecho público y privado pueden desempeñar un ejercicio administrativo, mediante una representación o un mandato expreso (con poder y responsabilidad) y de manera excepcional, siempre y cuando se determine el servicio que brindarán. Pero qué observaciones podemos hacer con respecto a lo establecido en la Constitución. Veamos lo que expresan los artículos 73 y 192, numeral 4, respectivamente:

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

[...]

4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.

Y con respecto a la función pública, el precepto normativo contenido en el artículo 39 de la Constitución establece lo siguiente: «Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación».

Asimismo, sobre la Administración pública, Luis Reyna Alfaro y Karen Ventura Saavedra (2008) sostienen que

En el Estado de derecho, la administración pública asume un papel destinado a la satisfacción de los intereses de la ciudadanía. La administración pública cumple un rol prestacional a favor del ciudadano, que a través de la administración puede ver satisfechas sus necesidades básicas (p. 591).

Por consiguiente, la Administración pública, una vez más, obedece a su carácter prestacional con fines de interés general.

Por otro lado, si nos detenemos a observar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, respecto al ámbito de aplicación, el artículo 3, seguido del literal f, señalarían lo siguiente:

Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen.

[...]

f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que este participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.

Es decir, nuestra propia ley cae en la vaguedad de sus propias definiciones con respecto a lo que se debe entender por entidades de la Administración pública, y de este modo se aleja de los lineamientos del derecho administrativo.

Al respecto, para concluir una vez más sobre la determinación de la Administración pública en el derecho administrativo, Ronald Pacheco Reyes (2017) sostiene lo dicho según el tratamiento del Consejo de Estado (Reyna y Ventura, 2008):

uno de los grandes problemas que ofrece el derecho administrativo moderno radica, precisamente, en la dificultad de concretar su definición, pues las nociones clásicas no responden a la versatilidad, a los cambios y a la naturaleza indiferenciada que el derecho en general ha adquirido en ciertos lugares, espacios y contextos de la actualidad de la administración (párr. 3).

2.2. SUSTENTO A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS

Dentro de los parámetros normativos podemos encontrar a los principios, es decir, a aquellos fundamentos que permiten establecer toda la organización y la función de la Administración pública. Estos principios le dan consistencia al procedimiento administrativo, entendiéndolo como un mecanismo que prevé la realización de toda la actividad de aquella.

Y sobre procedimiento administrativo, ¿qué deberíamos entender? Aquí la propia ley en su artículo 29 la define así: «Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados».

Y el acto administrativo, según el artículo 1, numeral 1.1, es conceptualizado por la ley de la siguiente manera: «Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir

efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta».

Ahora pasemos a discutir lo señalado en el artículo IV del título preliminar de la Ley n.º 27444, atendiendo a los principios del procedimiento administrativo, específicamente el principio de legalidad.

El numeral 1.1 de dicho artículo refiere lo siguiente: «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

El Estado de derecho en nuestro país rige según lo determinado por las leyes, donde toda la sociedad está sujeta a un mismo marco legal, pues este mismo orden jurídico se sustenta en el principio de legalidad, en el cual es la Administración pública la que debe cumplir y hacer cumplir las disposiciones emitidas por todas las entidades y los órganos del Estado. Pues bien, toda ley debe estar respaldada por la Constitución; asimismo, debe garantizar la convivencia social y finalmente el Estado bajo su función jurisdiccional debe resolver todas las controversias entre la Administración pública y las personas, teniendo en cuenta, además, la presunción de legalidad de la actuación administrativa.

En referencia a la desconcentración, los entes de administración estatal ejercen su función asignando a los órganos administrativos su desconcentración en otros órganos subyacentes a él siendo dependientes aún.

Al respecto, Piero Rojas (2015) advierte lo subsecuente:

En derecho peruano, la desconcentración funcional o vertical se realiza atendiendo al vínculo jerárquico existente entre el órgano transferente y el que ejerce las competencias, sin considerar el aspecto geográfico. La desconcentración territorial u horizontal se realiza para expandir la cobertura geográfica de los servicios administrativos de la entidad (pp. 204-205).

Seguidamente, la Ley n.º 27444 señala en su artículo 74, inciso 2, sobre la desconcentración de la Administración pública:

Los órganos de dirección de las entidades se encuentran liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que puedan concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados.

Otro principio al cual recurre el derecho administrativo es el jurisdiccional, ya que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con varios mecanismos de control, entre ellos el proceso contencioso administrativo; sometiéndose así a la relación vertical que hay entre el Estado con su poder coactivo y el privado. Este mismo poder estatal solamente es ejercido frente al incumplimiento de su función o el ejercicio indebido por parte de la Administración pública. Por ende, toda decisión jurisdiccional debe estar circunscrita a la norma administrativa.

La Administración pública debe cumplir objetivamente todos los intereses generales. Ella se encuentra siempre al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de la cooperatividad y la responsabilidad del ejercicio de sus funciones, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Se concluye así que el principio de legalidad ha pasado a enmarcarse como un postulado del derecho positivo, y le queda a la Administración pública actuar según lo que dicta el propio ordenamiento, procedimiento y principio administrativo.

2.3. EL LADO CARTESIANO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Si nos detenemos a analizar cuál debería ser la más adecuada estructuración de la Administración pública, de seguro nos replantearíamos otra vez conceptos tan básicos como ¿en qué difieren las expresiones de organismo público y ente estatal? Esta disyuntiva resulta llana al pensamiento jurídico administrativo,

pero recae en un «casi» o en un «todavía por resolver» de esta vasta y compleja organización que tiene el Estado con sus administrados y su relación con el régimen legal que le será aplicable. Entonces, una vez más, cuál sería el lado más racional para determinar claramente la estructuración y la función de la Administración pública en el Perú.

Dicho esto, se debe entender por órgano administrativo a todos los entes que conforman un cuerpo público. Estos centros de acusaciones y responsabilidades son los únicos encargados de realizar funciones dentro de la esfera jurídica administrativa, y saber cuáles son sus alcances y parámetros de ejercicio y control. Todo este marco legal sigue estando sujeto a las normas del derecho público y a su respectiva ley de creación.

En cuando al derecho administrativo, este obliga a que la actuación administrativa y organizacional de la Administración pública se encuentre de acuerdo con el propio ordenamiento jurídico en general.

3. SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS NIVELES DE GOBIERNO

Nuestro país, como un Estado descentralizado (esto en el campo administrativo y económico mas no en el ejecutivo), tiene por prerrogativa establecer los marcos y las funciones administrativas seguidamente de su estructura y organización.

El Estado peruano se organiza en tres niveles de gobierno¹:

- a) El Gobierno central. Que define las políticas nacionales y dicta las leyes de carácter nacional.
 - Los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).
 - Los órganos constitucionales autónomos (Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales,

1 Véase el Organigrama del Estado peruano en <https://www.peru.gob.pe/docs/estado.pdf>

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Junta Nacional de Justicia, Tribunal Constitucional, Fiscalía de la Nación, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Banco Central de Reserva del Perú).

b) El Gobierno regional. Que administra la gestión del gobierno a nivel regional en concordancia con las políticas nacionales.

- El Consejo Regional.
- La Presidencia Regional.
- El Consejo de Coordinación Regional.

c) El Gobierno local. Que administra la gestión del gobierno a nivel local en concordancia con las políticas nacionales.

- Municipalidades provinciales.
- Municipalidades distritales.
- Concejo Municipal.
- Alcaldía.
- Empresas municipales.

Sobre los ministerios:

- Presidencia del Consejo de Ministros (PCM).
- Ministerio de Agricultura y Riego (Minagri).
- Ministerio del Ambiente (Minam).
- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur).
- Ministerio de Defensa (Mindef).
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).
- Ministerio de Educación (Minedu).
- Ministerio de Energía y Minas (Minem).
- Ministerio del Interior (Mininter).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH).
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP).
- Ministerio de la Producción (Produce).
- Ministerio de Relaciones Exteriores (RREE).
- Ministerio de Salud (Minsa).
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Vivienda).
- Ministerio de Cultura (Cultura).
- Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis).

Sobre los organismos públicos ejecutores:

- Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION).
- Archivo General de la Nación (AGN).
- Biblioteca Nacional del Perú (BNP).
- Centro de Formación y Turismo (Cenfotur).
- Comisión de Promoción del Perú para las Exportaciones y el Turismo (Promperú).
- Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida).
- Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec).
- Consejo Nacional de Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis).
- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode).
- Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (CGBVP).
- Despacho Presidencial (DP).
- Dirección Nacional de Inteligencia (Dini).
- Instituto Nacional de Cultura (INC).
- Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci).
- Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (Inen).
- Instituto Nacional Penitenciario (Inpe).
- Instituto Peruano del Deporte (IPD).
- Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (Indepa).
- Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú (IRTP).
- Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri).
- Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (Senamhi).

- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat).
- Sierra Exportadora.
- Seguro Integral de Salud (SIS).

Sobre los organismos públicos reguladores:

- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).
- Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).

Sobre los organismos públicos técnicos especializados:

- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan).
- Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev).
- Consejo Nacional del Ambiente (Conam).
- Consejo Superior del Empleo Público (Cosep).
- Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (Ingemmet).
- Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena).
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (Inei).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).
- Oficina de Normalización Previsional (ONP).
- Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

Sobre la organización de los gobiernos regionales según la Ley n.º 27867. Los gobiernos regionales tienen la estructura orgánica básica siguiente:

a) El Consejo Regional (órgano normativo y fiscalizador)

- Se compone de entre 7 a 25 miembros.
- El presidente es elegido a la par con el vicepresidente regional y los consejeros de las provincias, por sufragio directo por un período de cuatro años.

- El mandato es irrenunciable, pero revocable conforme a la ley.
 - La dedicación es exclusiva.
 - Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, las actividades y los servicios públicos de su responsabilidad.
- b) La Presidencia regional (órgano ejecutivo)
- El presidente es elegido junto con el vicepresidente por sufragio directo por un período de cuatro años.
 - El mandato es irrenunciable, pero revocable conforme a la ley.
- c) El Consejo de Coordinación Regional (órgano consultivo y de coordinación)
- Integrado por los alcaldes provinciales y por los representantes de la sociedad civil.
 - Coordina con las municipalidades las funciones y las atribuciones que le señala la ley.

Sobre la organización de los gobiernos locales según la Ley n.º 27972. Los órganos de los gobiernos locales son las municipalidades provinciales y distritales, y en cuanto a la estructura orgánica de las municipalidades, está compuesta por el Concejo Municipal y la alcaldía:

- a) El Concejo Municipal (órgano normativo y fiscalizador)
- Integrado por el alcalde y el conjunto de regidores de conformidad con la Ley de Elecciones Municipales.
- b) La alcaldía (órgano ejecutivo)
- Tiene por representante legal de la municipalidad al alcalde.
 - El alcalde es la máxima autoridad administrativa.
- c) Los órganos de coordinación (órgano de participación y comunicación entre la población y las autoridades)
- El Consejo de Coordinación Local Provincial.

- El Consejo de Coordinación Local Distrital.
- La Junta de Delegados Vecinales.

Sobre la estructura orgánica administrativa básica de la municipalidad. Esta comprende en el ámbito administrativo a:

- La Gerencia Municipal.
- El Órgano de Auditoría Interna.
- La Procuraduría Pública Municipal.
- La Oficina de Asesoría Jurídica.
- La Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

3.1. EL ROL DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Al acercarnos al rol principalísimo del Sistema Nacional de Control, lo entendemos como un conjunto de órganos de control y procedimientos, estructurados también según su funcionamiento, para que así se pueda desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada y desconcentrada. ¿Y qué se entiende por desconcentración?: «Distribución del poder o de las competencias de modo que se ejerzan por órganos distintos, pero dependientes de su titular» (Real Academia Española, s. f.).

Ahora bien, su campo aplicativo comprende a todas las actividades administrativas, presupuestales y financieras de las entidades. Este Sistema Nacional de Control está conformado principalmente por:

- La Contraloría General (ente técnico rector).
- Las Unidades Orgánicas de Control Institucional u Órganos de Control Institucional (OCI) encargados de ejercer el control. Todas ellas referidas a los entes estatales.
- Las sociedades de auditoría externa independientes para la realización de servicios de auditoría financiera, informática y otros.

Entonces, el Sistema de Control tiene por función la supervisión, la vigilancia y la verificación de los actos, los cuales son resultados

de la gestión pública, esto en atención al grado de eficacia, transparencia y gestión económica en el uso de los recursos y bienes del Estado.

3.2. ATRIBUCIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control en su referido artículo 15, literal e, sobre las atribuciones del Sistema de Control determina:

Exigir a los servidores y funcionarios públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa, funcional, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones preventivas y correctivas necesarias para su implementación. Para la adecuada identificación de la responsabilidad en que hubieren incurrido funcionarios y servidores públicos, se deberá tener en cuenta cuando menos las pautas de: identificación del deber incumplido, reserva, presunción de licitud, relación causal, las cuales serán desarrolladas por la Contraloría General.

En relación con los tipos de control gubernamental tenemos los siguientes:

- Interno. Realizado *ex ante*, en simultáneo, y *ex post*, por los funcionarios en los diferentes niveles de gobierno. Los procedimientos y las normas de control interno están a cargo del Órgano de Auditoría Interna. Este tipo de control está dado exclusivamente a las autoridades, los funcionarios y los servidores de las entidades públicas como responsabilidad propia de las funciones que les son designadas, y tiene como fundamento legal a las normas que regulan las actividades, tanto de organización como de los procedimientos establecidos para su desempeño.
- Externo. Lo ejecuta la Contraloría General por sí o mediante la contratación de terceros para tal fin. En este caso, la metodología es el uso de técnicas de auditoría, pruebas de selección de muestras, etc. Por otra parte, cabe destacar

que su alcance abarca la legalidad, la gestión, las finanzas, la aplicación de normas y procedimientos de control interno, entre otros. Además, este control externo, con su conjunto de políticas, normas y procedimientos técnicos, tiende a aplicar a la Contraloría u otro órgano del sistema por encargo o designación de esta, con el fin de supervisar, observar y verificar el desarrollo correcto e idóneo de cada gestión, sin dejar de lado la continua captación por parte del Estado a sus entidades administrativas correlativas.

El carácter y la razón única de la creación de la Contraloría General de la República es, y de forma inmediata, la examinación y la dirección del funcionamiento de los órganos competentes administrativos. Y el Sistema Nacional de Control, que circunscribe a la Contraloría, tiene por función la evaluación y el mejoramiento de los sistemas administrativos.

REFERENCIAS

- Pacheco, R. (2017). Aproximación al estudio del objeto del derecho administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5005/7163#content/cross_reference_5. doi:10.18601/21452946.n18.04
- Real Academia Española (s. f.). Desconcentración. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/desconcentraci%C3%B3n>
- Reyna, L. y Ventura, K. (2008). Los servicios públicos en el Perú: una visión preliminar. En Cienfuegos, D. y Rodríguez, L. G. (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (pp. 589-600). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Rojas, P. (2015). Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (13), 193-209.



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4630

MINERÍA EN LA AMAZONÍA: UN FRACASO CIVILIZATORIO

The mining in the Amazon: a civilisational failure

LUIS A. HALLAZI MÉNDEZ
Universidad Ricardo Palma
(Lima, Perú)

Contacto: luis.hallazi@urp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0568-3894>

RESUMEN

El Perú es después de Brasil el país con mayor territorio amazónico. La desordenada ocupación de esta parte de nuestro territorio comparte responsabilidad con las élites gubernamentales, puesto que las desastrosas decisiones de los gobernantes han dado como resultado una Amazonía cercada por las ambiciones del modelo extractivista, una de estas actividades es la minería.

En el presente artículo veremos que cualquier forma de minería genera impactos en la naturaleza, el medio ambiente y la salud de la gente. Daremos cuenta también de que en la Amazonía, por ser un ecosistema sumamente frágil, no debería practicarse ningún tipo de explotación minera. Ejemplo de ello es la situación en Madre de Dios a causa de la minería ilegal,

que ha arrasado con miles de hectáreas de bosques, ha contaminado ríos, cochas, peces, y ha afectado la salud de miles de miembros de pueblos originarios.

Palabras clave: minería informal; minería ilegal; Amazonía; extractivismo.

ABSTRACT

Peru is, after Brazil, the country with the largest Amazonian territory. The disorganised occupation of this part of our territory shares responsibility with the government elites, since the disastrous decisions of those in power have resulted in an Amazon encircled by the ambitions of the extractivist model, one of these activities being mining.

In this article we will see that any form of mining generates impacts on nature, the environment and people's health. We will also show that in the Amazon, as it is an extremely fragile ecosystem, no type of mining should be carried out. An example of this is the situation in Madre de Dios due to illegal mining, which has devastated thousands of hectares of forest, contaminating rivers, lakes, fish and affecting the health of thousands of members of indigenous peoples.

Key words: informal mining; illegal mining; Amazon; extractivism.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

Las mejores imágenes satelitales de nuestro planeta suelen tener en su composición al menos tres colores: azul, marrón y verde en sus diversos matices. Esas imágenes exuberantes se han ido transformando. Una fuerza realmente revolucionaria lo ha ido haciendo en estas últimas décadas. Es así como a medida que

vas aterrizando por el vasto y diverso territorio de esa entidad geopolítica llamada Latinoamérica, las imágenes del joven continente se resquebrajan y muchos de esos paisajes naturales se convierten en territorios yermos, desolados por acción del ser humano, transformándose en una terrible pesadilla.

Una pesadilla provocada por esa idea vaga y peregrina de un progreso y desarrollismo¹ voraz, que al ritmo de explosiones, sudor, dragas y sangre va diseñando este nuevo mundo. Si pudiéramos darle una fecha a esa transformación, muchos coincidirían con el 12 de octubre de 1492, como ese momento simbólico en que la riqueza se convirtió en oro y el oro en una urgente ambición por sacarlo de las montañas.

Así han transcurrido diversos momentos a lo largo de la historia de América Latina y en específico del Perú, donde el extractivismo, definido como «un tipo de extracción de recursos naturales en gran volumen y que están orientados esencialmente a ser exportados como materias primas sin procesar o con un procesamiento mínimo»², ha sido una de las mayores fuerzas transformadoras que alteran la vida política y cultural; una fuerza hegemónica que ha visto a este continente como la inagotable despensa de materias primas, para alimentar esa ilusión desarrollista, exportadora de naturaleza, sobre todo de minerales, insensatamente de oro de la Amazonía.

En el Perú la minería ilegal aporta cerca del 30 % del total de producción formal³. Es necesario mencionar que esta se define a partir del Decreto Legislativo n.º 1105 como la que no cumple «con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas

1 Definimos «desarrollismo» como la tendencia favorable al desarrollo y crecimiento económico a ultranza de un país.

2 Esta definición fue presentada en talleres del 2008 por Eduardo Gudynas, extraída del libro *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza* (2015).

3 Consultora Macroconsult en la web de Tiempo Minero.

actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio», estas son lagunas, riberas de ríos, cabeceras de cuenca y las zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas. Es decir, trabajan sin permiso y al margen de la ley.

Por otro lado, de acuerdo con la misma norma, la minería informal es aquella que no es legal y que ha iniciado un proceso de formalización, cumpliendo con las distintas etapas establecidas por el Estado, pero sin alcanzar aún legitimidad, opera al margen de la legalidad y pone en riesgo la vida de sus trabajadores. Un gran problema es que el proceso de formalización se ha ido desnaturalizando al ampliar sucesivamente la inscripción de mineros informales en el Registro Integral de Formalización Minera (Reinfo). Para conocer esas delgadas líneas entre informalidad e ilegalidad que finalmente van amenazando y destruyendo la biodiversidad en nuestro país, es necesario abordarlas desde un enfoque territorial.

2. AMAZONÍA SIN MITOS

La Amazonía en general tiene una historia cargada de mitos y su ocupación moderna estuvo influenciada por estos. El descubrimiento del río Amazonas, por ejemplo, fue ese impulso de ir en busca de El Dorado. A la Amazonía se le imaginaba como un espacio vacío, inhabitado, y sus bosques hacían pensar en una riqueza inconcebible en sus suelos. Esa forma de concebirla, sobre todo para las élites de los diversos gobiernos que la comparten, generó terribles desaciertos. De un momento a otro grandes proyectos de infraestructura arrasaban bosques enteros, la construcción de vías penetraba las entrañas de la selva tropical, el descubrimiento del caucho, después del petróleo y la tala descontrolada siempre contó con osados aventureros; todos en nombre del progreso fueron profanando ese bosque denso y científicamente poco estudiado.

La Amazonía peruana no fue la excepción para que bajo esos mitos se vaya destruyendo. El mismo mito del Perú andino e

incaico que prima en el mundo entero desconoce que de las 128 millones de hectáreas que conforman el nuestro territorio, aproximadamente el 60 % es Amazonía viva, con más de 73 millones de hectáreas de bosques. El Perú es después de Brasil el país con mayor territorio amazónico, en él habitan también más de 500 pueblos indígenas, de los más de 886 que existen en América Latina. Estos pueblos son poseedores de un conocimiento distinto en su relación con la naturaleza, no solo por ser su fuente de alimentación y medicina, sino por la protección que ejercen hacia los bosques amazónicos⁴.

La Amazonía no es una sino son muchas, lo que trajo una realidad cargada de descubrimientos conforme era explorada, que incluso generó una fiebre delirante: solo hay que recordar el auge de la explotación y la comercialización del caucho⁵, lo cual disparó su proceso colonizador y causó una transformación social y cultural sin precedentes. Esto, si bien generó cuantiosos recursos económicos para Estados y empresas, también constituyó uno de los grandes etnocidios que sufrieron los pueblos indígenas amazónicos, sometidos a un régimen de trabajo esclavo por parte de los caucheros, acusaciones que terminaron en un escándalo internacional.

Estas denuncias fueron iniciadas por Benjamín Saldaña en publicaciones regionales y nacionales, que fueron difundidas por la Sociedad Antiesclavista en Londres, que finalmente consiguió que

4 En una reciente investigación realizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC), se recopilan más de 250 estudios publicados que coinciden en el papel crucial de los pueblos indígenas para proteger los bosques y enfrentar el calentamiento global.

5 El auge de la explotación de gomas silvestres amazónicas fue una forma más de extractivismo. Se originó a raíz de la demanda del mercado internacional, luego del descubrimiento del proceso de vulcanización en 1839. Un año después se registró la llanta neumática en Inglaterra y más tarde, en 1988, se reinventó la llanta neumática para la industria de bicicletas y después de automóviles, lo que trajo posteriormente una demanda de Estados Unidos y Europa y la consiguiente mirada hacia las cuencas productoras de goma en la Amazonía (Casement, 2011, p. 12).

la Oficina de Asuntos Exteriores decidiera enviar a un alto cónsul, llamado Roger Casement, que cumplía misión en Río de Janeiro. Este noble irlandés recibió diversos testimonios que dan cuenta de las graves violaciones a los derechos humanos en contra de los indígenas del Putumayo, cometidas por la empresa The Peruvian Amazon Co., cuyo gerente y accionista principal fue Julio César Arana. Dichas cartas fueron recopiladas posteriormente en el *British Blueboock* o el *Libro azul*, que después fuera novelado por Vargas Llosa en *El sueño del celta*.

Lo cierto es que de los testimonios se desprenden los más brutales ataques contra indígenas de diversas etnias, que constituyeron un genocidio contra la población originaria del Putumayo. Cien años después, en el Perú actual subsiste la incompreensión y exclusión hacia los pueblos indígenas que habitan la Amazonía desde tiempos inmemoriales, una relación que hasta el día de hoy no está resuelta y esconde diversos parajes de injusticia, que a efectos prácticos día a día vulneran derechos básicos de dichas poblaciones y que, al no abordar mecanismos de justicia y reparación por ambas partes en conflicto, constituyen heridas abiertas sobre las que es muy difícil construir instituciones.

Esta situación sigue alimentado otro mito, aquel que ve al indígena como un obstáculo para el desarrollo, ignorando los 55 pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú, de los cuales 51 son amazónicos, así como 44 lenguas amazónicas de las 48 que se hablan en todo el territorio. Todos esos pueblos están organizados en cerca de 10 mil comunidades campesinas, nativas y ribereñas⁶. Es decir, además del desconocimiento de la biodiversidad amazónica, se ignora y excluye una enorme riqueza cultural.

Esta riqueza en su inicio fue visibilizada desde fuera de las fronteras, desde donde se promovieron marcos normativos para protegerla y que irradiaron al ordenamiento jurídico nacional.

6 Base de Datos de Pueblos Indígenas del Perú, Sistema de Información de Comunidades Nativas SICNA del Instituto del Bien Común.

En esa dirección podemos mencionar al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, respecto a la protección de derechos de pueblos indígenas, o a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y que posteriormente generó leyes nacionales. De la misma manera, el ámbito internacional irradió todas las primeras leyes de protección del medio ambiente, como la Ley General del Medio Ambiente. A estos marcos normativos hay que agregar las sentencias sobre derechos de pueblos indígenas y medio ambiente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. CONTINUIDADES EXTRACTIVISTAS: AMAZONÍA BAJO PRESIÓN Y CONFLICTOS

La desordenada ocupación en la Amazonía comparte responsabilidad con las élites gubernamentales, como el caso de Brasil, que posee el 65 % de esta, cuyo actual presidente, Jair Bolsonaro, viene promoviendo la agroindustria y la minería en reservas naturales y tierras indígenas (RFI, 2021). El mito de ver a los bosques amazónicos y los pueblos indígenas como obstáculo para el desarrollo, cien años después de la fiebre del caucho, está completamente vigente, con la única diferencia de que en la actualidad hay suficiente información científica que da cuenta de la importancia de mantener en pie los bosques para la captación de CO₂, y el papel de los pueblos indígenas como guardianes de los bosques, lo que significa un bastión de la lucha contra el cambio climático.

Lamentablemente, Bolsonaro no es la excepción a la regla. Tras los incendios en la Amazonía que conmocionaron al planeta, se esconden décadas de desastrosas decisiones de los gobernantes, que dan como resultado una Amazonía cercada por las ambiciones del modelo extractivista. La minería es uno de los diversos problemas a los que se une la extracción de hidrocarburos (petróleo y gas), la extracción de madera, la producción de monocultivos industriales (palma aceitera, piña, coca), las actividades

agrícolas sin control o infraestructura sin planificación como construcción de carreteras, hidroeléctricas, hidrovías, entre otras, muchas de ellas impulsadas por un Estado altamente influenciado por intereses del poder económico.

En el Perú no podemos hablar de minería en la Amazonía si no abordamos primero la minería en la zona andina y la relación con su medio, puesto que la minería formal o a gran escala en la mayoría de proyectos es extremadamente conflictiva con los pueblos originarios y genera serios impactos al medio ambiente. Una de las causas es la relación de asimetría entre las comunidades originarias y el Estado, que reciben prácticamente la totalidad de los beneficios económicos, establecidos en la formalidad jurídica, donde lo que está en el subsuelo son recursos naturales que le pertenecen a todos los peruanos (art. 66 de la Constitución Política de 1993). Por esta abstracción jurídica el Estado entrega mediante concesiones mineras la explotación a terceros, así estén dentro de territorios indígenas.

Actualmente el Estado peruano tiene concesionado aproximadamente el 14 % del territorio nacional a la minería (sin contar la minería informal e ilegal). Esas concesiones mineras están superpuestas al 35 % de tierras de comunidades campesinas andinas, lo que constituye una restricción a sus formas de vida diversa y al ejercicio de su derecho de propiedad colectiva (Hallazi y Hopfgartner, 2018).

Dentro de la cuenca amazónica peruana, a causa de las presiones y las amenazas que ejerce la minería, más del 9 % ha sido destinada a la denominada pequeña y mediana minería. Las regiones de Junín, Madre de Dios y Cusco son las que poseen una mayor concentración de concesiones mineras que se superponen parcial o totalmente a cerca de 2021 comunidades asentadas en la cuenca amazónica. Con relación a la minería informal, esta se presenta en casi todas las regiones del país; para el caso de la cuenca amazónica, la región de Madre de Dios es sin duda la de mayor degradación.

A la minería hay que agregarle el 12 % de lotes de hidrocarburos que cubren la cuenca amazónica hasta el 2020 y que se superponen a territorios indígenas, aproximadamente 11 millones de hectáreas, con 8 lotes en etapa de exploración y 18 en etapa de explotación. Todos estos lotes se superponen de manera parcial o total a 412 comunidades según datos oficiales. A eso se suman los constantes derrames de petróleo a lo largo del Oleoducto Norperuano: en veinte años se ha contabilizado cerca de 500 derrames de crudo, ello ha generado impactos negativos a la salud de miles de personas, intoxicadas con metales pesados, la totalidad de estas es parte de los pueblos achuar, kukama, kischwa, urarina y awajún, por lo que existe una violación sistemática de su derecho a la vida, la salud y a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado.

Otras de las amenazas a la integridad de la Amazonía se dan por los grandes proyectos de infraestructura, es el caso de la Hidrovía Amazónica. La lista de proyectos continúa con las 76 plantas de hidroeléctricas, además de otras 13 que figuran en los planes energéticos para la cuenca amazónica. Es decir, la situación de presión y amenaza es constante, y esta lleva a conflictos sociales permanentes. Según datos de la Defensoría del Pueblo, de junio de 2021, se reportaron 193 conflictos en todas las regiones del Perú, 42 de los cuales se sitúan en las cinco principales regiones amazónicas (Defensoría del Pueblo, 2021). Estos conflictos no solo se han incrementado, sino que incluso se han tornado más violentos.

4. DEL CONFLICTO SOCIAL A LA VIOLENCIA EN LA AMAZONÍA

Ante la irrupción de la pandemia de la COVID-19 hubo un aislamiento de comunidades en sus territorios para protegerse del virus y un repliegue de las instituciones del Estado en el territorio amazónico. Esta situación creó la oportunidad para que las economías ilegales empiecen a invadir y destruir bosques y con ello

se genere el incremento de conflictos y violencia en los territorios de las comunidades indígenas. De acuerdo con datos del Instituto del Bien Común, desde el 2010 se han identificado 24 asesinatos, 21 víctimas son líderes indígenas y 12 de estos asesinatos se han realizado desde el inicio de la pandemia (marzo de 2020), es decir, en un año y medio se asesinó al 50 % de líderes indígenas amazónicos desde el 2010.

Las causas estructurales están relacionadas con la minería ilegal, la tala ilegal, el tráfico de tierras y las protestas indígenas. Pero sin duda hoy el narcotráfico es la principal causa que afecta a los pueblos indígenas. Esta situación de constante presión y amenaza a los territorios de sus comunidades se agrava si no existe una debida protección jurídica de las tierras comunales. Ello significa que los Estados reconozcan, titulen y georreferencien sus tierras, pero que además generen mecanismos legales para protegerlas de ser invadidas por actividades ilegales que llevan a que líderes sean amenazados y posteriormente asesinados.

Ese fue el caso de Arbildo Meléndez, jefe de la comunidad nativa Unipacuyacu, perteneciente al pueblo kakataibo, cruelmente asesinado al inicio de la pandemia (abril de 2020). Aún no hay ningún responsable que venga siendo juzgado por este caso. A partir de allí se ha desatado una ola de violencia que no ha cesado: diversas acciones criminales, desde hostigamiento, destrucción de sus chacras, quema de sus casas, hasta reiteradas amenazas, secuestros y torturas que terminan por anular la voluntad de las víctimas o sangrientos asesinatos.

Por su parte, el Estado peruano ante los hechos reacciona de manera tardía. En el caso de los asesinatos, la impunidad es manifiesta; de los cuatro asesinatos perpetrados contra el pueblo kakataibo no existe ningún detenido. Las instituciones competentes, como el Ministerio del Interior, la Policía o el Ministerio Público y las fiscalías no cuentan con ningún instrumento o protocolo para enfrentar y dar respuesta a esta creciente violencia fruto de las actividades ilegales que poco a poco van avanzando.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a partir de los casos recientes acaba de aprobar una naciente política de protección de personas defensoras de derechos humanos en cumplimiento de los compromisos internacionales. Un mecanismo de protección que garantizará la labor articulada del Estado a nivel sectorial e intergubernamental para hacer efectiva la protección de personas defensoras de derechos; sin embargo, aún no tienen acciones concretas que permitan contar con presupuesto para mantener en buen recaudo a estos líderes indígenas.

Si bien se ha empezado a reconocer esta problemática, es urgente que se implementen acciones concretas que permitan salvar vidas, una actuación inmediata de la policía, los fiscales y los jueces preparados para estos casos y un presupuesto asignado. Pero además hay que atender las causas estructurales que están detrás de la violencia en la Amazonía, como la tala y la minería ilegal, pero principalmente el narcotráfico.

5. MINERÍA EN LA AMAZONÍA

La minería en el Perú es la actividad con mayor capacidad conflictiva, pero al mismo tiempo tiene una capacidad generadora de recursos económicos muy importante. En los últimos diez años representó un promedio de más del 9 % del producto bruto interno, al mismo tiempo que contribuyó con alrededor del 60 % de las exportaciones y da cuenta de 20 % del capital de inversión extranjera directa. Es sin duda una actividad económica robusta y a la que mayor importancia le han dedicado y le dedican los mandatarios de los últimos treinta años. Hay que mencionar que a ese crecimiento económico, la minería informal e ilegal han aportado muchísimo. No se tiene una cifra exacta al respecto puesto que una parte es «blanqueada» y otra sale de manera ilegal fuera del país, principalmente por la frontera con Bolivia.

En la zona amazónica la minería informal se realiza en las partes bajas, en la ribera de los ríos y es aluvial. Un reciente informe

de la Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada (RAISG) reporta 2312 sitios con actividad minera ilegal y 245 áreas de extracción no autorizada. En dicho informe el Perú es el segundo país con 110 áreas no autorizadas, todas en la región de Madre de Dios, que tiene la mayor degradación causada por extracción de oro; sin embargo, también hay otros sectores de extracción que están devastando la Amazonía, en zonas como Nanay, Napo, Putumayo en la región de Loreto, el río Santiago en el Cenepa o en la zona de amortiguamiento al sur del Parque Bahuaja Sonene en Sandia, Puno.

Esta definición jurídica de ilegal se hizo de manera clara recién el 2012, con la aprobación del Decreto Legislativo n.º 1102, que incorporó al Código Penal los delitos de minería ilegal simple y agravada; el tipo penal refiere que la exploración y la explotación de recursos minerales que no cuente con la autorización de la entidad administrativa competente y cause perjuicio o daño ambiental, será reprimida con pena de 4 a 8 años. Esta norma fue aprobada cuando empezaban a ser visibles las aterradoras imágenes de contaminación en Madre de Dios.

En ese sentido, podemos mencionar que en su mayoría la pequeña minería es informal y esta suele ser ilegal a pesar de que desde el 2002, con la aprobación de la Ley n.º 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, se definieron sus características y se establecieron los procedimientos de formalización. Diez años después, en el 2013, hubo un esfuerzo estatal por perseguirla y buscar formalizarla que hasta el momento no ha dado frutos.

Esta discusión jurídica confusa para diferenciar la minería informal de la ilegal ha permitido operar de manera impune a la minería ilegal, debido a que a partir del año 2002, en que se aprobó la referida Ley n.º 27651, se dieron una serie de leyes que «excepcionalmente» ampliaban el proceso de formalización de la pequeña minería y la minería artesanal, desnaturalizando dicho proceso de formalización. Tanto así que el 2017, mediante el Decreto Legislativo n.º 1351, se incluyó el artículo 307-A del

Código Penal, que dispone el delito de minería ilegal, y lo reformula de esta manera: «será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización», lo que constituye un modo de dar protección al minero ilegal, quien eternamente se viene formalizando.

La minería ilegal como delito ambiental ha sido incluido dentro de la Ley Contra el Crimen Organizado, Ley n.º 30077, delitos contemplados ahora en el título XIII del Código Penal, que desde hace varios años se encontraban vinculados a organizaciones criminales y donde el Decreto Legislativo n.º 1244, que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, modificó el artículo 3 de la Ley Contra el Crimen Organizado añadiendo a la lista de delitos los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, sobre extracción, financiamiento y tráfico de minerales. Lo que busca comprender la trazabilidad del delito, definida como la identificación desde el origen y las diferentes etapas en la perpetración del delito, es decir, reconocer toda la cadena de valor que se origina con la extracción del recurso hasta su comercialización y exportación. Si toda esta cadena de valor no se realizó cumpliendo con la normativa exigida por la administración, entonces nos encontramos frente a una trazabilidad ilegal y por tanto un delito que puede tener una pena privativa de libertad que va desde 4 hasta 15 años.

El hecho es que cualquiera de las formas de minería genera impactos en la naturaleza, el medio ambiente y la salud de la gente. Lógicamente la minería formal tiene la obligación de buscar el cumplimiento de estándares mínimos de protección de derechos, mientras la otra está fuera de la ley; sin embargo, en la Amazonía, por ser un ecosistema sumamente frágil, no debería practicarse ningún tipo de explotación minera.

Para intentar una unanimidad en la proscripción de la minería en la Amazonía es necesario atacar la desigualdad social, económica y cultural en el Perú, puesto que es igual de dramática que la destrucción de la naturaleza. Es sabido, además, que la minería en

todo el Perú goza del total apoyo de los altos funcionarios y de los medios de comunicación, que se encargan día a día de reforzar esa idea peregrina de que el Perú es un país minero. Lo paradójico que termina siendo todo esto es que ese mismo mensaje ante una redistribución económica desigual, lo que hace es incentivar y alentar a una importante población a emprender la aventura del minero ilegal y con ello destruir a la naturaleza sin titubear.

He ahí el gran problema, esa idea de que la mina nos sacará de la pobreza está incrustada en el imaginario popular, es hegemónica y se halla bien escoltada por los últimos años de *boom* minero, que provocó no solo un crecimiento económico, sino también el crecimiento exponencial de mineros ilegales, que ha ido generando irreversibles impactos ambientales y sociales que el Estado aún está lejos de resolver.

6. MADRE DE DIOS Y DE TODOS LOS VICIOS

Madre de Dios es una región que figura con la menor densidad poblacional del país, y su población mayoritaria son migrantes de zonas andinas, otra parte es población nativa de pueblos indígenas, desde los pueblos amarakaeri, arawak, machiguenga y mashko piros, incluso parte de este último pueblo aún vive en aislamiento voluntario, es decir, son pueblos nómadas que no han tenido contacto con nuestra civilización.

Madre de Dios también es una de las regiones más biodiversa del Perú y está actualmente considerada como una de las veinticinco áreas de mayor biodiversidad del planeta, no en vano se encuentra la Reserva de Biósfera del Manu, compuesta por el Parque Nacional del Manu. También se halla la Reserva Nacional Tambopata-Candamo, el Parque Nacional Baguaja-Sonene, parte del Parque Nacional Alto Purús y la Reserva Comunal Purús y la totalidad de la Reserva Comunal Amarakaeri y el Santuario Nacional de Pampas de Heath.

En cualquiera de estos lugares es posible aproximarse a esa idea de paraíso terrenal; un paraíso que en la continuidad de

sus bosques esconde una bestia voraz en busca del oro, capaz de tragarse todo el bosque y vomitar un lodazal pestilente, donde miles de hombres están condenados día y noche a alimentar a la bestia a cambio de sobrevivir. Estamos refiriéndonos a la zona de La Pampa, espacio inerte donde el verde continuo se transformó en un lodo bañado de mercurio, el más devastador para cualquier tipo de vida.

La Pampa se encuentra en la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Tambopata, y de acuerdo con el Centro de Innovación Científica Amazónica (CINCIA), la depredación del bosque se extiende por 20 kilómetros de largo y 5 de ancho; se calcula que la minería aurífera ha deforestado en los últimos treinta y dos años 95 750 hectáreas, esto es el tamaño aproximado de Hong Kong. El impacto de décadas de actividad minera aurífera sin intervención del Estado ha sido devastador. Es así que a diez años de una declaración de interés nacional para el ordenamiento minero en la región de Madre de Dios, nada significativo hasta el momento se ha conseguido.

La complejidad es mayor cuando uno verifica que parte de las zonas de explotación minera son concesiones tituladas, otras están en trámite, todas otorgadas por el Estado, incluso en zonas de amortiguamiento a áreas protegidas como la Reserva Nacional de Tambopata o el Parque Bahuaja Sonene. El Estado peruano hoy intenta combatir este flagelo, pero lo cierto es que ha venido promoviendo la minería aurífera en esta zona desde la década de 1970, donde muchos obtuvieron todas las autorizaciones para explotar oro y muchos otros continuaron trabajando informalmente. De pronto miles de personas estaban buscando trabajo en medio de la selva, ocupando zonas productivas, transportando maquinaria pesada, comercializando mercurio, invadiendo territorios indígenas y áreas naturales protegidas, frenéticos por el alza de precio del oro.

Un informe de 2020 del Proyecto de Monitoreo de la Amazonía Andina (MAAP), titulado «Fronteras de la minería ilegal», revela que en los tres últimos años se han seguido perdiendo

2.15 mil hectáreas de bosques, equivalente a cerca de 2.9 mil campos de fútbol, por la minería aluvial. El informe se centra en cuatro zonas del sur y una del centro, entre ellas La Pampa, donde se menciona que en correlación con un informe anterior del proyecto, los autores encuentran una reducción de la deforestación en dicha zona desde el inicio de la Operación Mercurio en febrero de 2019, operación militar que destruyó numerosos campamentos ilegales y dragas de extracción. Sin embargo, el informe menciona que producto de dichas acciones militarizadas, los mineros ilegales están desplazándose a otras zonas próximas al río Pariamanu, que desde el 2017 hasta el presente registra un total de 204 hectáreas deforestadas. Los indígenas amahuacas que viven cerca de estos nuevos focos de minería llaman a este sector de creciente deforestación «La nueva Pampa».

7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La larga tradición extractivista en el Perú ha conseguido que la minería en sus diversas modalidades: gran minería, pequeña minería, minería artesanal, informal e ilegal pueda erigirse como un dogma, tan poderoso como una religión, donde oponerse a este puede condenar al ostracismo. Hoy la lucha de gran parte de sus adeptos es no ser confundidos con el desastre que la minería ilegal está dejando en la Amazonía, bajo el sermón eclesial de la «nueva minería», capaz de respetar el entorno en el que se desarrolla, tanto a nivel social como ambiental, y proveer de todo lo que la vida moderna requiere. Esa es la fórmula para el adoctrinamiento de sus miembros.

Lo que nos lleva a un Estado que abordó el problema a través de la criminalización de los mismos hombres desposeídos, que son alentados por la propaganda extractivista del país minero para internarse en parajes inhóspitos, sometidos a jornadas inhumanas para conseguir unos gramos de oro que, en todos los años de sobrevivencia, no les permitirá llevar una vida digna. Sin

embargo, solo unos pocos son los que se benefician económicamente con esta actividad destructiva y son organizaciones criminales capaces de proveerse de maquinaria, combustible, redes de trata de personas, contrabandistas y toda materia prima necesaria para el cometido y que incluso tienen operadores políticos que les permiten influenciar en el poder y las decisiones del Estado a través de representantes políticos que están en el Poder Ejecutivo, el Congreso de la República y en gobiernos regionales y locales.

Lo que es cierto es que la minería ilegal en la región de Madre de Dios ha arrasado con miles de hectáreas de bosques, ha contaminado ríos, cochas, peces, y ha afectado la salud de miles de miembros de pueblos originarios. A estas alturas debe quedar claro que no hay ciencia ni tecnología que pueda restaurar su impacto, ni dinero que pueda resarcir el daño ocasionado. La posibilidad de que en estos territorios degradados pueda estar incubando un nuevo virus es alta, no olvidemos que según la Organización Mundial de la Salud el 70 % de los últimos brotes epidémicos, como el SARS causante de la enfermedad de la COVID-19, ha comenzado con la deforestación.

Finalmente, la plegaria de Perú país minero está fundada en la desigualdad social y económica que una vez más a inicios del siglo XXI trajo una nueva ola extractiva, agudizando esa práctica neocolonial, que basándose en los altos precios de metales y la narrativa de lucha contra la pobreza, paradójicamente resultó ser el aliento para que miles de mineros tomen esa ilusión neoliberal en sus manos y se internen hacia la devastación de la naturaleza ahondando una crisis climática y ambiental que parece estar delineando nuestro actual fracaso civilizatorio.

REFERENCIAS

- Casement, R. (2011). *Libro azul británico. Informes de Roger Casement y otras cartas sobre las atrocidades en el Putumayo*. WGIA; CAAAP.
- Defensoría del Pueblo (2021, junio). Reporte de conflictos sociales n.º 208. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/07/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-208-junio-2021.pdf>
- Gudynas, E. (2015). *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*. Cooperación Red GE; CLAES; PDTG; Cooper Acción.
- Hallazi, L. y Hopfgartner, K. (2018). *Comunidades campesinas y minería: superposición de concesiones mineras en territorios comunales*. Instituto del Bien Común.
- RFI (2021, 12 de julio). El bolsonarismo acelera ofensiva legislativa sobre tierras indígenas en el Brasil. <https://www.rfi.fr/es/econom%C3%ADa/20210712-el-bolsonarismo-acelera-ofensiva-legislativa-sobre-tierras-ind%C3%ADgenas-de-brasil>



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

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

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

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4633

ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN Y EL CONSUMIDOR DE PRODUCTOS TECNOLÓGICOS EN LA ERA INTERNET

The information asymmetry and the consumer of technological products in the internet era

ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO

Universidad Ricardo Palma

(Lima, Perú)

Contacto: enrico.huarag@urp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0001-9985-5313>

RESUMEN

La adquisición de productos tecnológicos enfrenta a los consumidores a un fenómeno de profunda asimetría de información. Para adoptar una decisión de consumo eficiente, se requiere información abundante y compleja. Las agencias de protección del consumidor suelen trasladar la obligación de brindar esta información al proveedor. No obstante, debido a la cantidad, la variedad y la complejidad de la información exigida, esto solo encarecería el precio final del producto, sin llegar a ser útil para todos los consumidores. Por otro lado, la información brindada por el proveedor siempre resulta sospechosa, pues lo que busca es vender el producto. Internet brinda a los consumidores suficientes herramientas para conseguir toda la información

necesaria, no solo de los proveedores, sino también de terceros. Los terceros tienen los incentivos para producir información veraz, objetiva e imparcial, mucho más útil para el consumidor que la que podría brindar el proveedor.

Palabras clave: consumidor; internet; asimetría de información; información; regulación; productos tecnológicos.

ABSTRACT

The acquisition of technological products confronts consumers with a phenomenon of deep information asymmetry. To adopt an efficient consumption decision, abundant and complex information is required. Consumer protection agencies often transfer the obligation to provide this information to the provider. However, due to the quantity, variety and complexity of the information required, this would only make the final price of the product more expensive, without being useful for all consumers. On the other hand, the information supplied by the provider is always suspicious, because what they are looking for is to sell the product. The internet provides consumers with enough tools to get all the necessary information, not only from providers, but also from third parties. Third parties have incentives to produce truthful, objective, and impartial information, much more useful to the consumer than what the provider could provide.

Key words: consumer; internet; information asymmetry; information; regulation; technological products.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la adquisición de productos tecnológicos (*smartphones*, cámaras digitales, computadoras, *routers*, televisores inteligentes, etc.) se realiza a diario. El desarrollo y el

abaratamiento de distintos tipos de tecnologías, así como la mayor eficiencia en los procesos productivos, han contribuido de manera decisiva a la popularización del consumo de productos tecnológicos. La progresiva pero imparable implementación de la Sociedad de la Información ha convertido la adquisición de estos productos en una necesidad cotidiana.

En efecto, el estilo de vida de la segunda década del siglo XXI nos lleva a depender de la tecnología para nuestras actividades. La necesidad de estar siempre «comunicados» es parte del día a día de una inmensa mayoría de la humanidad. El trabajo diario de millones de personas depende de la conexión constante y estable a internet. No se trata solo de aquellas empresas que realizan comercio electrónico, con su necesaria presencia constante en la red, y el uso de dinero electrónico en sus transacciones cotidianas. También se trata del trabajo de oficina, de los consultorios de profesionales independientes, de las escuelas y las universidades, de los mercados de valores, de la industria del entretenimiento, de las instituciones administrativas y gubernamentales. En resumen, nuestra sociedad no sería lo que es sin su dependencia de las tecnologías de la información.

La dependencia tecnológica de nuestra sociedad se refleja necesariamente en la conducta de los consumidores. La adquisición de bienes y servicios tecnológicos forma parte de la cotidianidad del comportamiento del consumidor urbano. No obstante, los actos de consumo de este tipo de bienes resultan distintos a los de otros también habituales, por la cantidad de información requerida para tomar una decisión eficiente.

2. LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN EN EL CONSUMO DE PRODUCTOS TECNOLÓGICOS

Una de las razones por las que se justifica la existencia del derecho del consumidor es la asimetría de información, esto es, el hecho de que proveedores y consumidores no cuenten con la misma información en el mercado respecto a los bienes o los servicios

materia de la relación de consumo. La Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, la define de la siguiente manera:

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

[...]

7. Asimetría informativa.- Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores.

Los proveedores tienen conocimiento de los procesos de producción y comercialización de los bienes y servicios, lo que hace que dispongan de más información que la que pueden tener los consumidores, que normalmente conocen un producto mediante un proceso de ensayo y error, y de acumulación de experiencias previas. Esto resulta evidente en el caso de los fabricantes, pero también se manifiesta en los distribuidores y los vendedores y, en general, en cualquier proveedor, producto de su continua exposición al producto.

Corresponde a George Akerlof¹ la advertencia del efecto nocivo que la asimetría de información provocaba en los mercados. En «The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism» detalla la forma en que se comporta el mercado de los automóviles de segunda mano.

Akerlof describe el mercado de los automóviles usados como uno en el que básicamente tenemos dos tipos de productos: los de buena calidad (*cherries*) y los de mala calidad (*lemons*). El vendedor (proveedor) sabe el estado de su automóvil, mientras que el comprador solo puede ver la apariencia del automóvil y el precio, así se produce una asimetría de información respecto al estado del producto. Si ambos tipos de automóviles se venden

1 En el 2001, George Akerlof fue galardonado con el Premio Nobel de Economía, al igual que Joseph Stiglitz y Michael Spence, por su análisis de los mercados con información asimétrica.

en un mismo mercado, los consumidores no podrán distinguir los de buena o mala calidad. La falta de información, y el riesgo de adquirir un producto de mala calidad, lleva a los consumidores a pagar un precio intermedio por los automóviles, sean estos *cherries* o *lemons*. Parece algo justo, pero aquello envía un mensaje a los proveedores, que buscan maximizar su ganancia. Por tanto, tenderán a reservar para sí los automóviles de buena calidad, y solo venderán *lemons*. O simplemente se retiran del mercado. Al haber menos automóviles de buena calidad en el mercado, el riesgo de adquirir un *lemon* es mayor. Los consumidores perciben estas señales y reaccionan castigando el precio a la baja, lo que termina expulsando del mercado a los últimos vendedores de automóviles de buena calidad. En el mercado solo quedan *lemons*, que probablemente ya nadie quiera comprar. Tanto proveedores como consumidores han actuado racionalmente, intentando maximizar los beneficios y reducir los costos. Pero esta actuación racional, en un mercado con información asimétrica, desplaza a los productos de buena calidad en favor de aquellos de mala calidad, desanimando a los consumidores y, finalmente, destruyendo el mercado (Akerlof, 1970, pp. 489-491).

El mercado descrito por Akerlof ilustra perfectamente el resultado de la actuación racional de los agentes económicos en un mercado con información asimétrica sustancial entre proveedores y consumidores. En lugar de constituirse en el mecanismo de asignación eficiente de recursos, el mercado ha generado resultados ineficientes para ambos y ha terminado por desaparecer.

Los Estados han optado por generar mecanismos para atenuar la asimetría de información, de manera que las decisiones de consumo sean tomadas de manera consciente e informada. Para ello, crean un derecho tuitivo, el derecho del consumidor, que obliga a las partes intervinientes a generar información, de manera que se supere la asimetría de información. Como son los proveedores los que manejan mejor información, el derecho del consumidor le exige el cumplimiento de dos deberes básicos: el deber de información y el de idoneidad.

De esta manera, el proveedor se ve obligado a brindar la información necesaria para que el consumidor pueda realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso adecuado del producto. A esto lo llamamos *información relevante*.

Pero el deber del proveedor no se agota en brindar información. Es necesario asegurar la validez de esta. Así, el proveedor se convierte en responsable de que el consumidor reciba los productos o los servicios con las características que le fueron ofrecidas mediante la información relevante otorgada previamente. En otras palabras, debe garantizar la existencia de una correspondencia entre lo que el consumidor espera (como producto de la información brindada) y lo que recibe. Este es el *deber de idoneidad*.

En el caso de los productos y los servicios tecnológicos, la asimetría de información adquiere dimensiones bastante mayores a las habituales. Es cierto que, como consumidores, estamos cada vez más habituados a la compra de estos productos. No obstante, tomar una decisión de consumo eficiente en el caso de este tipo de productos implica el manejo de cantidades importantes de información, muchas veces de gran complejidad.

Para adoptar una decisión de consumo eficiente, el consumidor necesita información compleja y especializada. Esta incluye las especificaciones técnicas del producto o el servicio; los estándares compatibles (sobre todo cuando hablamos de aquellos que requieren de interconexión); los protocolos de funcionamiento y comunicación; información sobre el uso y funciones, rendimiento, resistencia, etc. Pero aun el manejo de esta cantidad de información no resulta suficiente. La asimetría en los productos tecnológicos puede ser muy profunda.

Pensemos en la adquisición de un nuevo *smartphone*. ¿Qué información será necesaria para tomar una buena decisión de consumo en el 2021? Podríamos pensar en la forma en que se va a conectar el dispositivo: si a redes 3G, 4G o 5G. Pero ¿será compatible con la frecuencia de las bandas en las que transmiten los operadores de servicio telefónico con los que he contratado?

¿Cuáles serán los protocolos de comunicación utilizados? ¿Tendrán una buena velocidad de acceso a internet? ¿Dispondrá de una buena señal en los interiores?

Superado este primer apartado, veamos el desempeño del *hardware*. ¿Qué tipo y modelo de procesador tendrá?, ¿cuánto de memoria RAM se le ha incorporado?, ¿y cuánto de almacenamiento interno? ¿Qué hay de las cámaras?, ¿incorpora un gran angular, un macro, una cámara para *selfies*?, ¿de qué resolución es cada uno de los sensores de las cámaras?, ¿y la sensibilidad a baja luz?, ¿dispone de HDR?, ¿cuál será la resolución de pantalla?, ¿qué tipo de panel incorpora, TFT, AMOLED, SUPERAMOLED?, ¿a qué tasa de refresco?, ¿de cuántos *nits* es el brillo de la pantalla?, ¿será suficiente para permitir su lectura en un día soleado?, ¿qué tipo de protección presenta?, ¿soportará salpicaduras o podrá ser sumergido bajo el agua?, ¿la pantalla está protegida contra rayones?, ¿qué capacidad tiene la batería?, ¿cuánta autonomía brinda?, ¿dispone de carga rápida?, ¿viene con cargador rápido?, ¿en cuánto tiempo tengo una carga completa?, ¿cuánto pesa el terminal?, ¿se resbala de las manos?, ¿se puede manejar con una sola mano?

Vayamos al apartado de *software* y desempeño. ¿Qué tipo y versión de sistema operativo utiliza?, ¿tendrá soporte del fabricante para las actualizaciones?, ¿por cuántos años?, ¿qué capa de personalización posee?, ¿es fluida?, ¿tiene acceso a las aplicaciones de Google?, ¿permite interconexión con otros dispositivos inteligentes?, ¿es compatible con las aplicaciones más usuales?, ¿dispone de un sistema de seguridad eficiente?, ¿el sistema se encuentra optimizado para funcionar fluidamente con el terminal?

Todas estas interrogantes, en algo tan cotidiano como la adquisición de un *smartphone*, nos ilustran la complejidad de la información que tiene que ser evaluada a la hora de tomar una decisión de consumo. Asumimos que mucha de esta debería ser proporcionada por el proveedor, sobre la base del deber de información. Pero hay tanta en juego, que nos lleva a plantearnos la pregunta

de rigor: ¿qué tipo de información debe ser considerada relevante y, por tanto, debe ser exigible al proveedor?

En este punto, resulta claro que el proveedor debe brindar al consumidor información relevante respecto al producto o servicio comercializado. Para esto, los proveedores utilizan canales de información diversos: los envases de los productos, las fichas de especificaciones técnicas, los manuales de usuario y los manuales técnicos, la web del producto y, desde luego, la publicidad.

La información brindada por el proveedor se refiere, normalmente, a las especificaciones técnicas del producto, resalta las que le dan a este una ventaja sobre aquellos ofrecidos por los competidores. Y ello tiene bastante sentido, pues los proveedores tienen que cumplir también con su rol de competidores en el mercado. Deben buscar resaltar las bondades de sus productos y, de alguna manera, minimizar los defectos, a través de información que si bien no resulta falsa, sí suele emplear afirmaciones intencional y convenientemente imprecisas.

Por ello, pretender que el proveedor brinde de manera imparcial y objetiva toda la información antes mencionada para que el consumidor tome una decisión de consumo adecuada es, por lo menos, ingenuo. Al margen de la información técnica del producto, completamente objetiva, el resto de información siempre estará atenuada por la necesidad del proveedor de competir en un mercado con muchos productos similares al suyo, que pugna también por captar las preferencias de los consumidores.

Por otro lado, ¿cómo distinguiría la agencia de protección al consumidor qué información es relevante y, por tanto, exigible, de aquella que no lo es? Como hemos visto en el ejemplo del *smartphone*, la información necesaria es muy diversa, compleja, y abundante. ¿Podríamos incluirla toda bajo el concepto de información relevante? ¿Habría que generar más normas y lineamientos sobre el contenido de esta información pormenorizada? ¿Toda la información será útil para todos los consumidores?

El problema que se nos presentaría es que la información que puede ser relevante para un producto tecnológico puede no serlo para otro. La información necesaria para una compra eficiente de un *smartphone* es distinta la de un *smart TV* y, a su vez, muy distinta a la requerida para la adquisición de una *smartband*. Tendríamos que elaborar una lista enorme de datos que se considerarían como relevantes para un tipo de productos tecnológicos y una distinta para otros. La cantidad de información exigible sería poco manejable y poco adecuada para el control y *enforcement* normativo por parte de la agencia de protección al consumidor. Además, generar y difundir en cada producto semejante volumen de información llevaría a un irremediable encarecimiento de estos, tanto por la necesidad de generar esta información como por los medios utilizados para ponerlos en conocimiento del consumidor.

De otro lado, la información que puede ser considerada relevante por la autoridad de consumo puede no serlo para el consumidor o para el proveedor. Por ejemplo, volvamos al caso de los *smartphones*. Pudiera parecer que la memoria RAM de un dispositivo, así como la capacidad de su batería y la velocidad del procesador pueden ser información relevante y, por tanto, el fabricante debería estar obligado a proporcionar dichos datos. Estos nos darían una idea de la capacidad, el desempeño, la fluidez y la autonomía en el funcionamiento del *smartphone*. No obstante, Apple, fabricante de iPhone, uno de los *smartphones* más vendidos de la historia, nunca proporciona esos datos a los consumidores en sus hojas de especificaciones. Y no por ello los consumidores dejan de adquirir sus productos. Tampoco han sido sancionados por no hacerlo por alguna autoridad de consumo. Podemos preguntarnos, en consecuencia, si dicha información es realmente relevante.

Otro aspecto para considerar la valoración del consumidor en cuanto a la información proporcionada por el proveedor es aquella contenida en las fichas técnicas de los productos, de la que muy poco se puede decir, toda vez que nos encontramos ante información objetiva. No obstante, como hemos señalado en el

caso de los iPhone, algunos datos de esta información pueden ser omitidos por el proveedor y no ser considerados necesarios por el consumidor.

La información necesaria para la decisión adecuada de consumo puede ir más allá de las especificaciones técnicas, como hemos visto anteriormente. Muchas veces, el funcionamiento deseable de un producto tecnológico puede depender de aspectos no contemplados en las especificaciones técnicas. Dos productos que comparten especificaciones técnicas pueden tener desempeños muy distintos. El funcionamiento puede depender de la optimización, de la calidad del *software*, del diseño, y otros tantos aspectos que pocas veces son comunicados por los proveedores. Por ejemplo, en el caso del iPhone, el rendimiento y la fluidez suele ser superior al de sus competidores, dotados muchas veces de un *hardware* que, sobre el papel, sería superior. Y esto es apreciado y valorado por los consumidores.

Así, los propios consumidores pueden constatar, a veces por la propia experiencia, que un dispositivo puede presumir de un recuento de núcleos más altos, frecuencias más altas, mayor cantidad de memoria, entre otras características; pero luego los resultados son diferentes cuando se trata del uso y el rendimiento real. Y es, precisamente, esa información la que no puede ser brindada por el proveedor. Ni se nos ocurre exigirselo.

¿Y qué sucede con la información menos objetiva? Aquella referida a aspectos menos objetivos, como un diseño «atractivo», o «enfocado en los jóvenes», o aquellos que están destinados a crear una moda o un estilo. Esta parte de la información es transmitida por la publicidad del producto. Pero, precisamente por ser información subjetiva, es susceptible de ser «maquillada» a favor del proveedor. Al ser información subjetiva, resulta muy difícil someterla a una exigencia de sustanciación previa, propia de la evaluación de la publicidad engañosa.

Este problema es percibido por los consumidores, que saben que no deben confiar solo en la publicidad, sobre todo cuando van a realizar una inversión importante. Resulta obvio que cada

proveedor intentará presentar su producto como superior a los de su competencia. Después de todo, tiene que competir en el mercado y, para ello, tiene que vender sus productos, promocionándolos mediante la publicidad. Pero es justamente el carácter publicitario de la información la que reduce la confianza de los consumidores.

3. EL CONSUMIDOR EN LA ERA DE INTERNET

Tradicionalmente, los consumidores se han limitado a utilizar la información brindada por los proveedores. Los anuncios publicitarios y los envases de los productos eran su principal fuente de información para adquirir el producto. La experiencia que podían obtener de quien, previamente, hubiese adquirido el producto estaba bastante limitada. Y los manuales de uso eran solo accesibles para quienes ya hubiesen comprado el producto. Luego de las expectativas generadas por la publicidad, la decepción era frecuente en muchos consumidores.

En muchos casos, el propio consumidor desistía de la búsqueda de información. Se prefería lo que tradicionalmente había funcionado, los productos de marcas «de toda la vida». Y es que tampoco se requería de mucho más. El uso de tecnologías menos sofisticadas hacía que el funcionamiento de los productos fuera relativamente predecible. Por consiguiente, no compensaba demasiado invertir tiempo o recursos en la búsqueda de información.

La popularización del acceso a internet ha hecho que los consumidores tengan a mano una poderosa herramienta para conseguir información. Y también ha cambiado muchos de los hábitos de los consumidores, haciéndolos más proactivos.

Cuando un consumidor decide adquirir un producto tecnológico, es consciente de que el precio que pagará no es bajo. Si bien la tecnología se ha popularizado y se ha vuelto más asequible, ello no significa que nos encontremos ante inversiones pequeñas. Una computadora puede bien llevarse una buena parte del

ingreso mensual de una persona. Un *smartphone* de calidad no es barato. La mayoría de los productos tecnológicos requieren de inversiones nada desdeñables. Por tanto, parte del comportamiento racional del consumidor como agente económico es resguardar su inversión de una mala decisión. Una de las características de los consumidores en la era de internet es su proactividad en la búsqueda de información, producto de la reducción de los costos de búsqueda. Acudir a un buscador para encontrar información respecto al producto que nos interesa adquirir está a un clic de distancia. Por tanto, el consumidor puede estar muy bien informado con muy poca inversión de tiempo.

Como resultado, nos encontramos ante un consumidor cada vez más informado. Si la información es más accesible, el consumidor puede usarla fácilmente para tomar una decisión de consumo. Y puede realizar mejores labores de búsqueda, recolección y procesamiento de información. Esto le permite, por ejemplo, ingresar a la web del fabricante y consultar las características y la ficha técnica del producto, o descargar y consultar los manuales de los productos que busca adquirir, sin necesidad de haberlos comprado previamente. Para el fabricante, el uso de internet le permite proporcionar mucha más información, sin incurrir en costos significativos. Hasta este punto, el consumidor sigue recurriendo a la información proporcionada por el proveedor, sea este fabricante, importador, comercializador, etc. Simplemente ha potenciado la forma de conseguir la información brindada por este.

Sin embargo, el acceso a internet también le brinda al consumidor nuevas fuentes de información, provenientes de terceros. Así, el consumidor puede encontrar información que el proveedor no le proporciona. Y puede contrastarla y comparar. Un consumidor así informado se convierte en un consumidor insatisfecho. Y la insatisfacción comienza con la información que brinda el proveedor a través de los canales tradicionales. Si bien esta puede resultar útil, ya no es suficiente. Poder encontrar nueva información en internet cambia la manera como el consumidor la percibe y la valora.

Una de las consecuencias de lo señalado es que el consumidor comienza a darse cuenta de que la información brindada por el proveedor tiene como objetivo vender el producto o el servicio. Resalta las cualidades del producto o el servicio y relativiza sus debilidades. Es muy probable que no haya engaño de por medio (de existir, probablemente expondría al proveedor a una sanción por publicidad engañosa), pero es evidente que la información presentada no es completamente objetiva.

Cuando el consumidor accede a internet puede comparar e identifica la información del producto con la necesidad del proveedor de publicitarlo. Aprende que si quiere una información más completa y objetiva, debe recurrir a terceros. Tiene la percepción de que los terceros no tienen un compromiso con la venta del producto (aunque a veces, como veremos, esto no es del todo cierto), lo que les permite ser más objetivos. Pueden comparar productos de distintas marcas, establecer *rankings*, poner a prueba el producto y, sobre todo, mostrar una experiencia de uso más realista del producto.

Desde hace ya algunos años, se han ido desarrollando distintas modalidades mediante las cuales se brinda información al consumidor respecto a los productos, lo que adquiere especial relevancia en el caso de productos tecnológicos. No obstante, no se limitan solo a ellos, sino que comienzan a enfocarse en servicios de la sociedad de la información y en cuanto producto pueda ser analizado, revisado y evaluado.

4. LAS NUEVAS FUENTES DE INFORMACIÓN

Hasta el momento hemos señalado que el consumidor de productos tecnológicos puede acceder a distintas fuentes de información a través de internet. Muchas de ellas provienen de terceros y, por tanto, tienen un nivel de imparcialidad mayor al que brindaría el proveedor mediante sus canales de información habituales. Pero ¿cuáles son estas fuentes de información?

Ilustración 1

Fuentes de información no tradicional que encuentra el consumidor en internet



4.1. BLOGS ESPECIALIZADOS

Los blogs especializados se encuentran entre los generadores de información de terceros más visitados por los consumidores de productos tecnológicos, además de estar entre las fuentes de información de terceros más antiguas. Son producto de la evolución natural de los primeros blogs o bitácoras personales que surgieron a finales de la década de 1990.

Al momento de aparecer los blogs, constituían un gran avance sobre las páginas webs estáticas que existían hasta ese momento. No dejan de ser una página web (por algo eran designados, al momento de su aparición, como *weblog*), pero incorporan algunas características particulares como la alta rotación y la interacción con sus lectores. En un blog, el autor puede publicar, de manera periódica, una entrada o *post*. Los lectores del *post* pueden añadir comentarios, y se crea una dinámica muy interesante entre autor y lectores. Nacieron como diarios en línea o bitácoras personales.

Con el tiempo, los blogs personales fueron dando paso a nuevas formas de publicar contenidos. El *blogging* se popularizó y se convirtió en una tendencia en la primera década del presente siglo. Con el tiempo, fueron surgiendo servicios que facilitaban la creación de blogs. En muchos casos, se ponen una serie de

poderosas herramientas de *blogging* de manera gratuita. Dos de los sitios de referencia son WordPress y Blogger. Los blogs fueron integrándose unos con otros y se comenzó a hablar de la blogósfera.

Los blogs fueron haciéndose más complejos, incluyendo a varios editores. En algunos casos, empresas y otras organizaciones se encargaron de alimentar su contenido. Estos son conocidos como blogs organizacionales o corporativos. Poco a poco, pasaron a tener contenido especializado.

Comienzan a aparecer una serie de blogs especializados en productos tecnológicos. Desde aquellos destinados a la electrónica de consumo (como Gizmodo.com) hasta aquellos especializados en computadoras portátiles (como Notebookcheck.net), cámaras digitales (Dpreview.com) o incluso pueden especializarse en productos de una misma marca (Applesfera.com). También los hay más generalistas, como Techradar.com o Xataka.com.

La ventaja de los blogs especializados es que permiten conocer una mayor cantidad y variedad de información que la que nos brindan los proveedores. Hacen posible conocer a profundidad cada uno de los productos, mediante pruebas y análisis independientes de los fabricantes. De esta manera, nos brindan información muy detallada sobre los aspectos positivos o negativos de los productos. Además, permiten comparar entre productos provenientes de distintos fabricantes, dentro de un mismo rango de precios o gama de productos, lo que facilita la decisión de compra. Pero lo más importante es que permiten a los lectores comentar esta información, corroborarla si es que poseen el producto, o criticarla si es necesario. De esta manera, el consumidor de un producto se convierte en fuente de nueva información para otros potenciales consumidores.

Este tipo de blogs suelen utilizar distintas formas de brindarnos información respecto a los productos tecnológicos. Veamos algunas de ellas.

4.1.1. Análisis en profundidad

Esta forma de proporcionar información es quizá una de las más completas. Implica haber tenido el producto y someterlo a una serie de pruebas de distinta naturaleza, que permiten evaluar su idoneidad y calidad. Algunos blogs especializados muy famosos por la calidad de sus análisis son DxOMark.com (blog de referencia en el sector de las cámaras digitales), Notebookcheck.net (especializado en dispositivos portátiles), Xataka.com (algo más generalista).

Los análisis en profundidad se caracterizan por su integridad. La metodología de análisis de los productos es aplicada de manera meticulosa y sistemática por igual. El desempeño, el rendimiento, la resistencia y la calidad de los productos se evalúa muchas veces con complejas pruebas de laboratorio, *software* especializado de evaluación y criterios objetivos y uniformes para cada gama de producto.

Algunos de estos blogs, como es el caso de DxOMark, disponen de unos protocolos de evaluación y herramientas de pruebas tan precisas, que son considerados referentes en la industria, en este caso, la fotográfica. Dependiente de la empresa francesa DxOMark Image Labs, realiza análisis exhaustivos de los productos evaluados con equipos muy especializados, en entornos altamente controlados, simulando entornos de uso real. El propio blog explica la metodología aplicada a cada una de estas pruebas. El sistema de evaluación de este blog es tan prestigioso, que es usado por los fabricantes en la publicidad de sus productos. Ello no significa que los resultados de la evaluación realizada por DxOMark.com, así como su objetividad, producto de sus alianzas con algunos fabricantes, no haya sido puesta en entredicho en algunas ocasiones.

Ilustración 2

Ejemplo de uso de la puntuación DxOMark en la publicidad del smartphone Huawei P20 Pro.



Pruebas como las efectuadas por DxOMark pueden brindar una información muy fiable al consumidor respecto al desempeño de los productos tecnológicos, y de sus componentes. No obstante, al tratarse de pruebas diseñadas por una sola entidad (en este caso, DXOMark Image Labs), pueden suscitar ciertas suspicacias (Aguilar, 2017), sobre todo si esta tiene alianzas con algunos fabricantes (Pastor, 2017). Por otro lado, el hecho de someter a los productos a una batería de pruebas de laboratorio puede darnos información técnica muy precisa, pero la experiencia del consumidor normalmente va más allá de los datos técnicos.

El sitio especializado Notebookcheck.org emplea una modalidad de análisis distinta. Es un sitio de referencia en el análisis de computadoras portátiles y, últimamente, en diferentes dispositivos portátiles (*tablets, smartphones, etc.*). Se caracteriza por

sus análisis meticulosos, exhaustivos y muy detallados. Además, cuenta con una extensa base de datos (denominada Notebook Library o Biblioteca, dependiendo de la versión consultada) que recopila los análisis realizados a lo largo de toda la existencia del *weblog*.

A diferencia de DxOMark.com, Notebookcheck.org utiliza una batería de pruebas y *benchmarks* de terceros, los cuales son aplicados metódicamente para evaluar cada una de las funcionalidades de los dispositivos. Pero no solo se queda en estos resultados, sino que añade elementos algo más subjetivos, pero de interés del consumidor. Por ejemplo, en el análisis de una computadora portátil (Mölck, 2021), señala si el tacto del teclado resulta agradable, si el diseño es llamativo, si las carcasas tienen una buena calidad de construcción y se sienten firmes al tacto, o si el desempeño del sistema es rápido y fluido. Los resultados de las evaluaciones y *benchmarks* son presentados de manera escrita y gráfica, y se hace la comparación con otros dispositivos evaluados previamente. De esta manera, el consumidor tiene una referencia que le permita que se entiendan mejor los resultados.


Luego de un exhaustivo análisis del dispositivo, Notebookcheck.org incluye una sección que puede ser muy útil para el consumidor no tan experto: el veredicto. Sobre la base de los resultados obtenidos, se consignan unas conclusiones valorativas, expresadas de manera sencilla y comprensible para un consumidor no experto. Asimismo, consigna los pros y los contra del producto evaluado (ver ilustración 2). De esta manera, constituye una herramienta básica de consulta antes de proceder a la compra de un dispositivo portátil.

Ilustración 3

Ejemplo del «veredicto» brindado por Notebookcheck.org respecto a la portátil Lenovo IdeaPad 5 Pro.

Veredicto - Un todoterreno de éxito

Las aplicaciones ofimáticas y de internet, así como los juegos, no suponen ningún reto importante para el IdeaPad 5 Pro. El procesador Core i3-11300H y la GPU GeForce MX450 pueden rendir constantemente a un alto nivel. La GPU MX450 instalada aquí ofrece los mejores resultados de benchmark que hemos medido con esta GPU hasta ahora




Lenovo hace muchas cosas bien con el IdeaPad 5 Pro 16IHU6. El todoterreno de 16 pulgadas probablemente atraerá mucho interés

El desarrollo de ruido es moderado en todo el rango de carga. En el uso diario, el dispositivo suele emitir poco o ningún ruido, y apenas se calienta. Sin embargo, el dispositivo puede calentarse considerablemente bajo carga completa de hardware

El potente hardware no impide una buena duración de la batería: Deberías ser capaz de pasar el día sin el adaptador de corriente USB-C incluido (95 vatios) gracias a la duración real de la batería de 9 a 10 horas. El adaptador de corriente puede conectarse a ambos puertos USB-C (1x Thunderbolt 4/USB 4, 1x USB 2.0). El teclado integrado (retroiluminado) dejó una buena impresión en general

La pantalla de 16 pulgadas (2560x1600 píxeles, 120 Hz, IPS) en formato 16:10 gana puntos con una superficie mate, ángulos de visión estables, buena reproducción del color, y buena cobertura del espacio de color. El brillo y el contraste cumplen sus respectivos objetivos

El Lenovo IdeaPad Pro 5 16IHU6 (82L5000WGE), proporcionado por:



Pro:

- + pantalla IPS mate
- + Pantalla de 120 Hz en formato 16:10
- + alta resolución (2560x1600 píxeles)
- + buena cobertura del espacio de color
- + buen desarrollo del rendimiento
- + elegante carcasa de aluminio
- + SSD NVMe
- + funciona silenciosamente
- + Thunderbolt 4/USB 4
- + DisplayPort a través de USB-C
- + Power Delivery
- + buena duración de la batería
- + rápido lector de tarjetas de memoria

Contra:

- RAM soldada
- no hay ranuras de memoria
- puede calentarse mucho a plena carga

Análisis del Lenovo IdeaPad 5 Pro 16IHU6. Un todoterreno de 16 pulgadas con una buena duración de la batería.

Carcasa - El IdeaPad 5 viene con una fi...

Conectividad - El equipo de 16 pulgadas...

Dispositivos de entrada - El portátil Le...

Pantalla - IPS en formato 16:10

Renderimiento - Tipo i3 y i5 con i...

Emisiones - el portátil Lenovo puede fi...

Gestión de la energía - IdeaPad Pro a...

Veredicto - Un todoterreno de éxito

Por: Xataka

Hay otros blogs especializados que, sin renunciar a la precisión de los datos técnicos y la exhaustividad de los análisis, prefieren que prime la asequibilidad a los consumidores menos especializados. Para ello utilizan un lenguaje más comprensible, y privilegian la experiencia del usuario sobre los datos técnicos. Uno de estos es Xataka, probablemente el blog especializado más consultado en español.

Los análisis en profundidad realizados por Xataka no están exentos de datos técnicos muy precisos, pero se enfocan, sobre todo, en la experiencia del consumidor. Así, partiendo de una presentación del producto que se analizará, y su respectiva ficha técnica, comienza por evaluar aspectos como el diseño. Pero lo hace desde una perspectiva de consumidor: si el dispositivo es grande o pequeño, pesado, cómodo de sostener, resbaladizo, vistoso, si las huellas se le quedan pegadas, si los ángulos de visión son cómodos, si el sonido es agradable, etc. En el caso de teléfonos móviles, incluye la experiencia tras días, semanas o incluso meses de uso.

Para los dispositivos con cámaras, a diferencia de DxOMark.com, Xataka no se limita a pruebas de laboratorio, sino que evalúa los resultados en condiciones reales de uso (en la calle, con poca luz, en interiores, etc.). A medio camino entre los análisis técnicos a profundidad y las reseñas, pero sin renunciar a la exhaustividad, Xataka proporciona información más cercana a la que pide el consumidor común, aquel que no está tan interesado en el rendimiento del dispositivo sobre el papel, sino en su desempeño en el día a día. Finalmente, el análisis concluye con una opinión, a la que se añade una puntuación ponderada que llega a un máximo de 10 puntos, así como un resumen de los aspectos a favor y en contra. Como en todo blog, cada análisis es comentado y discutido por los usuarios.

Con el paso de los años, Xataka se ha ido diversificando, ampliando de esta manera el rango de productos analizados. Así, al Xataka generalista se sumaron Xataka Móvil, Xataka Foto, Xataka Android, Xataka Windows, Applesfera, Xataka SmartHome, Compradicción, 3DJuegos, y sigue creciendo. Prácticamente, todo tipo de producto tecnológico es potencialmente analizable por este blog.

4.1.2. Reseñas

Las reseñas son una forma de análisis algo más simplificado, pero no por ello menos riguroso. Las reseñas o *reviews* pretenden llevar al consumidor la información obtenida de los productos, de una manera un poco más sencilla, simple, y con menos tecnicismos que en un análisis en profundidad. Por tanto, suelen ser menos extensas, lo que facilita la lectura. Algunos blogs especializados en estas reseñas son DPReview.com, Gizmodo.com, Android4All.com, Engadget.com y Applesfera.com.

Gizmodo.com es quizá el blog especializado en tecnología más conocido. Es famoso por sus filtraciones, como la del iPhone 4 en el 2010 (Chen, 2010), que provocó el allanamiento a la oficina de su editor (Rebato, 2010), y una demanda de Apple que finalmente fue desestimada por la Corte (Brown, 2011). Pero también es conocido por la calidad de sus reseñas.

Las reseñas realizadas por Gizmodo.com utilizan datos técnicos, sobre los cuales se apoya. Pero estos no constituyen, ni mucho menos, la parte medular de la reseña. Lo importante es la experiencia de usuario, que pasa por las valoraciones personales del reportero. No es extraño encontrarse con frases como «agradable al tacto», «fácil de sostener», «se siente fluido y sin tartamudeos», entre otras (Rutherford, 2021). Ello no invalida el análisis de fondo, si no, por el contrario, lo enriquece, y lo hace más cercano a los consumidores. El aporte de experiencias personales en el uso del producto «humaniza» los datos técnicos y los hace comprensibles. Por último, no opta por una conclusión típica, de aquellas que simplemente se enfocan en los aspectos a favor o en contra. Antes bien, se inclina por cuestiones como «¿vale la pena?» o «¿puedo encontrar algo mejor?». Evidentemente, como todo blog, admite los comentarios y las discusiones, lo que enriquece aún más la reseña con las experiencias de otros consumidores y las opiniones de otros expertos.

En el extremo opuesto, nos encontramos con blogs como DPReview.com (Digital Photography Review). Este se especializa en los dispositivos tecnológicos relacionados con la fotografía digital, como cámaras, lentes, *smartphones*, impresoras y *software*.

Las reseñas de DPReview.com son muy completas, y en ocasiones mucho más que los análisis a profundidad de otros blogs especializados. A diferencia de sitios como DxOMark.com, no basa sus análisis en los resultados de *benchmarks* ni simulaciones, sino que procede a realizar pruebas directas utilizando el dispositivo en distintas situaciones. Por ejemplo, en el caso de las cámaras digitales (Rose, 2020), realiza una serie de pruebas que incluyen una breve introducción del producto y sus especificaciones, novedades y comparación con otros productos de la misma gama, cuerpo, controles y manejo, calidad de imagen, rango dinámico, autoenfoco, video y una galería de imágenes obtenidas con la cámara. Las conclusiones del producto comienzan con un apartado en que se consigna lo que gusta y lo que no. A ello le siguen unas conclusiones muy fundamentadas en los análisis realizados,

seguidas de las conclusiones de uno o varios editores del blog. La valoración global del producto se compara con otros productos de la gama, y se remata con el detalle de la puntuación obtenida. Finalmente, consigna aquellos usos para los cuales es recomendable el producto, así como para los que no. No podía faltar una sección de comentarios del público lector, que opina sobre la reseña, pero también aporta sobre sus experiencias en el uso del producto.

Gizmodo.com y DPReview.com son los dos extremos entre los que se presentan las reseñas con información sobre productos tecnológicos. En medio, encontramos reseñas como las realizadas por sitios como Engadget.com, Andro4All.com, Applesfera.com, Androidsis.com, Teknofilo.com, ProfessionalReview.com, entre otros. No se requiere de grandes inversiones en equipos de evaluación, ni disponer de laboratorios propios, para realizar reseñas. Por ello, son muchos los blogs especializados que se decantan por esta modalidad para presentar información.

4.1.3. Comparativas de productos

En muchas ocasiones, el consumidor no desea invertir demasiado tiempo en leer un análisis en profundidad o una reseña (tengamos en cuenta que una lectura concienzuda de una reseña de DPReview puede tardar una hora o más). Simplemente tiene en mente un par de productos sobre los cuales desea realizar su elección de consumo. En esas ocasiones, son útiles las webs dedicadas a la comparación de productos.

Versus.com es una de las webs más conocidas para realizar comparaciones de productos tecnológicos (computadoras y accesorios, *smartphones* y dispositivos móviles, *wearables* o dispositivos vestibles, dispositivos de audio y video, tecnología del entretenimiento, etc.). Las comparaciones se realizan sobre las características técnicas de los productos, lo que permite a los consumidores tomar una decisión de manera rápida. No obstante, su debilidad radica justamente en el hecho de que solo comparan características técnicas. No hay un mayor análisis de los datos

utilizados. Las valoraciones y las puntuaciones pueden ser erróneas, sobre todo cuando no se ha consignado una característica en un producto que sí se ha considerado en el de la comparativa. A pesar de todo, permiten que el consumidor se haga una idea general de los productos que se comparan.

Otras webs también proporcionan herramientas de comparación, sobre todo aquellas que se enfocan en un tipo específico de productos. Entre estas tenemos algunas como GSMArena.com, enfocada en los *smartphones*, y CameraDecision.com, especializada en cámaras digitales. En ambos casos, la herramienta principal (el comparador) se ha ido complementando con pequeñas reseñas, realizadas sobre los datos y las fichas técnicas de los productos.

4.1.4. *Rankings* y premios

Para muchos consumidores, los *rankings* brindan información decisiva al momento de realizar una compra. Cuando han sido elaborados por una organización que tiene prestigio y reputación de imparcial, pueden significar la diferencia entre la adquisición o no del producto. No obstante, algunos de los criterios utilizados para clasificar a los productos pueden ser materia de cuestionamiento (Fernández, 2017).

Algunas de las webs a las que nos hemos referido cuentan con su propio sistema de *ranking*. Lo usual es que cada blog especializado establezca un *ranking* de los productos analizados y vaya eligiendo los mejores y los peores. No obstante, algunos son más prestigiosos que otros. El más conocido en el ámbito fotográfico es el elaborado por DxOMark (2021) sobre la base de las puntuaciones obtenidas en sus laboratorios. Proporciona *rankings* de *smartphones*, sensores fotográficos y, finalmente, de objetivos. Si bien estos *rankings* son de los más consultados, también son de los más polémicos, como se ha señalado previamente.

Similar información a la ofrecida por los *rankings* es proporcionada por la concesión de determinados premios por organizaciones que han alcanzado cierto prestigio. En algunas ocasiones,

el premio recibido es utilizado como reclamo comercial por los fabricantes para resaltar la calidad de sus productos, por encima de sus competidores. Por otro lado, ante una duda respecto a productos de las mismas prestaciones, es muy probable que el consumidor termine decidiéndose por el producto premiado.

En el ámbito de la fotografía digital, por ejemplo, nos encontramos con los premios concedidos por la Technical Image Press Association (denominados TIPA World Awards). Esta asociación está integrada por importantes revistas del campo de la fotografía y la imagen, que cubre casi toda la industria de la imagen, incluyendo la fotografía e imágenes de consumo, profesionales, de empresa a empresa y de bellas artes (Technical Image Press Association, s. f.). Los editores de estas revistas conforman un panel de expertos que evalúa los productos de la industria fotográfica y participa en la selección y la concesión de los premios.

Ilustración 4

Ejemplo de reclamo publicitario por la concesión de premios TIPA y EISA en el caso de una cámara fabricada por Sony. Obsérvense los logotipos en la caja.



Los resultados de la premiación suelen ser muy apreciados tanto por los consumidores como por los fabricantes, que no dudan en incluirlos en la publicidad. No obstante, este tipo de premios no están exentos de las críticas de determinados blogs especializados (Méndez, 2018).

Con una tónica similar, la Expert Imaging and Sound Association concede cada año los EISA Awards. La asociación está conformada por sesenta y un revistas especializadas que efectúan revisiones técnicas periódicas de productos de electrónica de consumo, en las categorías de fotografía, dispositivos móviles, alta fidelidad, hogar, audio de cine, pantalla y video de cine en casa y electrónica de automóviles. Según señala la propia asociación, los premios EISA se extienden desde los productos más asequibles y de mayor valor hasta las expresiones más ambiciosas de la electrónica de consumo moderna (EISA, s. f.). El prestigio ganado por esta asociación a lo largo de los años hace que el logotipo del premio tenga un peso enorme en la decisión de adquisición por parte de los consumidores informados.

4.1.5. Recomendaciones y guías de compra

Algunos blogs especializados disponen de guías de compra y alguna sección de recomendaciones a consumidores. Sitios como Notebookcheck.org, por ejemplo, ofrecen una sección de guía para compradores², recomendaciones para la compra de *hardware* (Subramaniam, 2020). Las guías de compras son también usuales en otros sitios web, como Engadget.com³, Xataka Móvil⁴, Xataka

2 La guía para compradores, basada en preguntas al potencial consumidor para seleccionar el equipo que más se ajuste a sus necesidades, se encuentra en <https://www.notebookcheck.net/Laptop-Buying-Guide-Tool.13212.0.html>

3 Un conjunto de guías de compra, enfocadas en distintos segmentos de consumidores, se encuentra en <https://www.engadget.com/buyers-guide/back-to-school-gift-guide-2021/#>

4 La guía de compras de Xataka puede consultarse en <https://www.xatakamovil.com/xatakamovil/guia-de-compras-moviles-i>

Android⁵, DPReview.com⁶, Blog del Fotógrafo. En otras ocasiones, el sitio entero está dedicado a las guías de compras, como en el caso de Guía Hardware.

Las guías de compra buscan brindar consejos para realizar una buena compra de productos tecnológicos. Enseñan al consumidor cuáles son los datos más relevantes que debe revisar al momento de elegir. También le enseñan cómo escoger el dispositivo adecuado a las necesidades de cada tipo de consumidor. Finalmente, sobre la base de análisis previos, recomiendan productos y los mejores lugares para su adquisición.

4.1.6. Noticias sobre nuevos productos

Los consumidores no solo pueden interesarse por los productos tecnológicos que pueden adquirir, sino también por aquellos que están próximos a aparecer en el mercado. Este tipo de información puede influir en la decisión de consumo, retrasando o adelantando una compra.

Prácticamente todos los blogs especializados a los que nos hemos referido tienen una sección de noticias de productos tecnológicos. Incluso algunos, como Gizmodo.com, se han hecho famosos por sus filtraciones. A ello debemos añadir otros que se enfocan básicamente en las noticias tecnológicas, como Computer World, Muy Computer, Computer Hoy, Wired, Bite, Hobby Consolas, PetaPixel, MIT Technology Review, entre otras. Además, prácticamente cada medio de comunicación tradicional (periódicos, radios, revistas, canales de televisión) ha creado su propio apartado de noticias tecnológicas.

No podemos desdeñar la importancia de las noticias tecnológicas en las decisiones de consumo de los usuarios. Entre otras cosas, ayudan a conocer la existencia de productos de marcas

5 Para consultar la guía de compras, ver <https://www.xatakandroid.com/categoria/guias-de-compra>

6 Una excelente guía de compra de cámaras se encuentra en <https://www.dpreview.com/buying-guides>

que podrían no comercializarse oficialmente en el país en el que se encuentre el consumidor y, por tanto, no hagan publicidad por medios tradicionales. Así, hace algunos años, marcas como Xiaomi, Oppo, Realme, Viivo, TCL, Yongnuo y otras eran completamente desconocidas fuera de China. La única forma de conseguir las era a través de la microimportación mediante plataformas como eBay, AliExpress o GearBest. Actualmente, ya son conocidas y ocupan un espacio importante en las preferencias de los consumidores. En el caso de Xiaomi, incluso ha llegado a convertirse en el segundo fabricante de *smartphones* más grande del mundo, superando a Apple y solo por detrás del gigante coreano Samsung. El cuarto y el quinto lugar en ventas mundiales lo ocupan las antes desconocidas Oppo y Viivo (De Frutos Sastre, 2021).

4.1.7. Comunidades de consumidores y foros

Son webs en las que los usuarios de un producto comparten información, manuales, trucos, novedades y experiencias respecto a los productos de una misma marca.

Existen múltiples comunidades de usuarios, prácticamente una por cada marca o tipo de producto. La mayoría de ellas encuentran algún tipo de apoyo o incluso el patrocinio por parte de los proveedores. Y es que muchas de estas comunidades terminan por desarrollar ciertos grados de fidelización a la marca.

La herramienta más utilizada por las comunidades de usuarios son los foros. Estos cumplen con varias funciones:

- Permiten intercambiar información y experiencias a los consumidores respecto a un producto o servicio.
- Son interactivos, resuelven dudas y dan cuenta de una experiencia «real» de otros consumidores.
- Permiten a los consumidores encontrar y brindan apoyo respecto a los distintos productos. Es una forma de generar y obtener información de manera colectiva.

Si bien los foros son las herramientas más utilizadas por las comunidades de usuarios, no son las únicas. Algunas hacen uso

de blogs comunitarios, cursos temáticos, tiendas *online*, noticias y promociones para sus miembros.

Existen varias comunidades de usuarios muy activas que se encuentran en internet. Entre las más conocidas tenemos a Nikonistas.com, Canonistas.com, Alpha Spain, Pentaxeros, en el campo de la fotografía digital; o Mi Community (de Xiaomi), Huawei Community Perú, Samsung Members, y Comunidad de Apple en español, para los usuarios de estas marcas de dispositivos móviles.

También podemos ver foros de discusión muy frecuentados por los consumidores de productos tecnológicos, que no dependen de una marca o de un tipo específico de dispositivo. Así, tenemos a Forocoche.com, que originalmente se enfocaba en la automoción. No obstante, su Zona General tiene uno de los foros más consultados sobre tecnología y electrónica de consumo en lengua española. En el caso peruano, el foro Perú Hardware es uno de los más famosos y consultados por los consumidores peruanos de computadoras, móviles y otros dispositivos tecnológicos.

Para los consumidores más especializados, XDA Forums brinda información generada por los desarrolladores de productos tecnológicos y aplicaciones para estos. Es el foro favorito de quienes prefieren, por ejemplo, diferir la decisión de consumo de un *smartphone* nuevo, y le dan una «segunda vida» al que ya tienen mediante una ROM personalizada. También se encuentran trucos y métodos de potenciar el rendimiento de los dispositivos, o incluso mantenerlos actualizados aun cuando el fabricante haya abandonado ya las actualizaciones oficiales.

4.1.8. Video reviews y podcasts

Otra forma de obtener información relevante para tomar una decisión de consumo es recurrir a videos en los que se describa o ponga a prueba el producto. Con el auge del *streaming*, la popularización de *smartphones* y de televisores inteligentes, es muy común que los consumidores recurran a los formatos audiovisuales para conseguir información. Además, suelen tener la

percepción de ser más fidedignos, al brindar una experiencia *en vivo* del producto analizado. Este tipo de información se puede encontrar en canales de YouTube o de Telegram dedicados a la tecnología de consumo.

Estos videos pueden brindar al consumidor distinto tipo de información. El *unboxing* le va a enseñar qué es lo que van a encontrar al abrir la caja de un producto, ahorrándole sorpresas y decepciones al momento de comenzar a disfrutar de su adquisición. Por ejemplo, en el caso de un *smartphone*, el *unboxing* responde a preguntas tan habituales como si el dispositivo trae o no cargador, si este es de carga rápida o no, si trae alguna funda de protección, si proporciona accesorios o estos deben ser comprados por separado, si dispone o no de un manual de instrucciones físico, cómo están localizadas las cámaras, qué tipos de conectores nos encontramos, etc.

En algunas ocasiones, el video permite observar pruebas de resistencia muy exigentes a las que son sometidos los dispositivos. Por ejemplo, tenemos las ideadas por el canal de YouTube hindú Gupta Information Systems. Sus pruebas de resistencia al agua, a la presión, a los arañazos o las pruebas de flexibilidad son tan extremas que muchos dispositivos terminan destruidos en el proceso.

También es común encontrarnos con reseñas en video (o *video reviews*) en las que los dispositivos son descritos y probados en su desempeño. Comienzan con un *unboxing*, pero continúan con una serie de pruebas y *benchmarks* del producto ante cámaras. El consumidor es testigo del desenvolvimiento del producto, no se tiene que fiar de lo que le cuenten otras personas. Si el sistema se vuelve lento o es fluido, si los colores de la pantalla son agradables o no, si puede exigirle o no determinadas tareas, etc. Normalmente terminan con una valoración final del producto y la invitación a que el público comparta sus experiencias e impresiones de este. Como vemos, son una fuente de información invaluable para el consumidor.

Las comparativas de productos también se benefician del paso al formato audiovisual. Puestos frente a frente, el consumidor puede observar el desempeño de los dispositivos, que puede ser muy distinto a pesar de que tengan las mismas características técnicas. Aspectos como el tamaño, la velocidad de encendido, la luminosidad de las pantallas, la fluidez del sistema, el desempeño ante un uso exigente, etc., pueden ser fácilmente apreciados por el potencial consumidor.

Son numerosos los canales de YouTube que se dedican a realizar *unboxings*, comparativas, pruebas y *reviews*. Permiten que el consumidor obtenga información del desempeño real del producto en el día a día. Por tanto, le permiten tener una valoración que va más allá de las simples especificaciones técnicas.

El modelo de negocio de YouTube hace que muchos de estos canales sobrevivan de los *likes* y de las suscripciones. Estas se basan en la utilidad y la fiabilidad de la información presentada. Por ello, la reputación de veracidad, neutralidad e imparcialidad es importante. Al final, estos son los parámetros que determinan si se elige o no un canal y, por tanto, si este monetiza o no para su creador. Cuando existen sospechas de parcialidad o favoritismo respecto a determinados productos o marcas, la información deja de ser fiable para el consumidor, lo que la hace inútil. De esta manera, funciona como un sistema de mercado, filtrando los mejores análisis y desechando aquellos que no lo son.

Entre los canales más conocidos y con mejor reputación en idioma castellano nos encontramos con Clipset. Fundado por la *youtuber* española Carolina Denia, es uno de los canales más completos dedicados a la electrónica de consumo y estilo de vida digital. Se caracteriza por la prolijidad y la rigurosidad de sus *reviews*, *unboxing*, comparativas y noticias, así como por su imparcialidad respecto a las marcas. Sus videos sobre *smartphones*, televisores inteligentes, computadoras portátiles, cámaras digitales, consolas de videojuegos, *tablets*, tarjetas gráficas, *eBikes*, entre otros dispositivos, muestran una cantidad enorme de

visualizaciones (en algunos casos, más de 100 000), y el canal propiamente dicho cuenta con 2.39 millones de suscriptores.

En el caso peruano, el canal del youtuber Arturo Goga realiza reseñas de *smartphones*, *tablets*, *routers* y otros *gadgets* de distinto tipo. Además, brinda consejos, tutoriales y guías de compra. A pesar de ello, su número de suscripciones está bastante lejos del alcanzado por Clipset, suma hasta ahora 146 000 suscriptores. Ello puede deberse a que, a diferencia de aquel, se enfoca en una audiencia más local.

Existen otros canales que también gozan de gran popularidad por sus *unboxings*, *reviews*, análisis en profundidad, pruebas de uso, comparativas y experiencias de usuario. Entre ellos están Pro Android, Urban Tecno, Xataka TV, Unbox Therapy, Topes de Gama, TP Resurrection, Tecnonauta, Photolari, y muchos más.

Finalmente, tenemos los *podcasts* dedicados a la tecnología y a la electrónica de consumo. Tienen la particularidad de presentar noticias, análisis y opiniones de productos tecnológicos en un formato de audio, que tiene una frecuencia determinada y se pueden descargar para escuchar sin conexión. La practicidad del formato permite que puedan ser escuchados de manera simultánea a la realización de otras actividades.

Algunos *podcasts* dedicados a los dispositivos electrónicos de diferente tipo son TECuento, Photolari Podcast, Despeja la X (by Xataka), Loop Infinito, Conectando: Android en español, The Vergecast, Universo Xiaomi y Topes de Gama Unplugged. En el caso peruano, el podcast MetaData, desarrollado por el grupo RPP, es uno de los más escuchados en Latinoamérica.

5. REFLEXIONES FINALES

Cuando un consumidor se enfrenta a la adquisición de productos tecnológicos, se produce un clarísimo caso de asimetría de información entre el proveedor y el consumidor, dada la cantidad y la complejidad de la información necesaria para adoptar una

decisión de consumo eficiente. Las agencias de defensa del consumidor (y los legisladores) tienden a pensar que toda esa información debe ser proporcionada por el proveedor, pues consideran su deber de brindar información relevante.

Personalmente, creo que este tipo de razonamiento infantiliza al consumidor. Lo creemos incapaz de conseguir información compleja por sí mismo. Y si la encuentra, lo creemos incapaz de entenderla. Por otro lado, la consecuencia de esta clase de razonamiento es el incremento de exigencias de información a los proveedores, lo que, por cantidad y complejidad, se verá reflejado en el precio final de los productos, perjudicando al consumidor al que deseábamos ayudar.

El consumidor, en la era de internet, es más proactivo y racional de lo que normalmente suponemos. Tiene el acceso a la información y tiene poderosos incentivos para utilizarla antes de tomar una decisión que compromete una inversión relativamente importante de su patrimonio. El acceso a la información de internet le permite comparar y desconfiar de la información brindada por el proveedor. Por ello, tiende a buscar información más imparcial, de terceros. En el camino, se encontrará con información mucho más abundante, asequible y útil que aquella que el proveedor pudiera entregarle.

Siempre podemos desconfiar de la calidad, la veracidad y la objetividad de la información brindada por estos terceros. Después de todo, no lo hacen gratis, pues de algo tienen que vivir. Pero es justamente en este punto en donde más valiosa se vuelve esta. En efecto, por un lado, estos proveedores de información no tienen los incentivos para atenuar los defectos y los puntos negativos de los productos, pues su objetivo no es vender. Ellos no fabrican los productos analizados, no ganan con la venta. Tienen la libertad de resaltar tanto los puntos positivos como los negativos de los productos. Y la libertad de comparar entre distintas marcas de productos de gama similar. Por otro lado, tienen fuertes incentivos para mantenerse neutrales e imparciales respecto a las marcas evaluadas: compiten con otras fuentes de información

y su valor diferencial radica en la reputación. Aquellos que tienen una buena reputación, cultivada a través de análisis objetivos, veraces e imparciales, son más consultados, captan las preferencias de los consumidores, tienen más suscriptores y monetizan más en un modelo de negocio que se enfoca justamente en eso. Es un mecanismo de mercado en el que la divisa es la reputación. Y este mecanismo selecciona la información de mejor calidad y desecha a aquella menos fiable.

Por tanto, a pesar de la existencia de una profunda asimetría de información, el consumidor tiene a mano las herramientas (y, aún más importante, los incentivos) para atenuarla, y con creces. No resulta necesario crear nuevas normas que agraven el deber de información del proveedor, pues esta no es ni tan completa ni tan útil para los consumidores. Por el contrario, exigir toda la cantidad de información que bien puede ser provista por terceros, simplemente incrementaría el costo de los productos, lo que termina siendo trasladado al consumidor, perjudicándolo. Para atenuar la asimetría de información, simplemente debemos dejar que el consumidor crezca y que aprenda a conseguir, manejar y procesar información.

REFERENCIAS

- Aguilar, R. (2017, 7 de julio). Si no nos fiamos de los Benchmarks, ¿por qué nos fiamos de DxOmark? *Android4All*. <https://android4all.com/2017/07/que-es-dxomark>
- Akerlof, G. (1970, agosto). The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488-500.
- Brown, J. (2011, 10 de agosto). Gizmodo Officially Not Being Charged in iPhone 4 Case. *Gizmodo*. <https://gizmodo.com/gizmodo-officially-not-being-charged-in-iphone-4-case-5829554>

- Chen, J. (2010, 19 de abril). This Is Apple's Next iPhone. *Gizmodo*. <https://gizmodo.com/this-is-apples-next-iphone-5520164>
- De Frutos Sastre, A. (2021, 16 de julio). Xiaomi destrona a Apple: ya es el segundo fabricante que más móviles vende en el mundo. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/16/smartphones/1626439974_616136.html
- DxOMark (2021, 30 de agosto). Smartphone rankings. *DXOMark*. <https://www.dxomark.com/smartphones/>
- Expert Imaging and Sound Association (EISA) (s. f.). EISA Awards. Everything you need to know. *EISA*. <https://eisa.eu/faq-rules/>
- Fernández, M. (2017, 23 de septiembre). La mejor cámara del mundo y la polémica de DxOMark: ¿tan bueno es el iPhone 8? *El Androide Libre* (suplemento de *El Español*). https://www.elespanol.com/elandroidelibre/20170923/mejor-camara-mundo-polemica-dxomarkbueno-iphone/248975910_0.html
- Méndez, Á. (2018, 27 de abril). El timo de los premios TIPA. *Photolari News* especial «equipo de investigación». *Photolari*. <https://www.photolari.com/el-timo-de-los-premios-tipa-photolari-news-especial-equipo-de-investigacion/>
- Mölck, S. (2021, 22 de agosto). Análisis del Lenovo IdeaPad 5 Pro 16IHU6: Un todoterreno de 16 pulgadas con una buena duración de la batería. *Notebookcheck*. <https://www.notebookcheck.org/Analisis-del-Lenovo-IdeaPad-5-Pro-16IHU6-Un-todoterreno-de-16-pulgadas-con-una-buena-duracion-de-la-bateria.556361.0.html>
- Pastor, J. (2017, 29 de noviembre). DxOMark: cómo funciona el evaluador de cámaras de móviles más polémico y famoso de internet. *Xataka*. <https://www.xataka.com/moviles/dxomark-como-funciona-el-evaluador-de-camaras-de-moviles-mas-polemico-y-famoso-de-internet>

- Rebato, C. (2010, 26 de abril). La policía asalta la casa del editor de Gizmodo que filtró el iPhone 4G. *Hipertextual*. <https://hipertextual.com/2010/04/asalto-policia-gizmodo-iphone-4g>
- Rose, C. (2020, 21 de octubre). Canon EOS R5 review. *DPreview*. <https://www.dpreview.com/reviews/canon-eos-r5-review>
- Rutherford, S. (2021, 17 de agosto). Google Pixel 5a Review: The New King of Mid-Range. *Gizmodo*. <https://gizmodo.com/google-pixel-5a-review-the-new-king-of-mid-range-1847496782>
- Subramaniam, V. (2020, 4 de agosto). Our definitive laptop purchase advice: All you need to know to ensure you are getting the perfect laptop for your needs. *Notebookcheck*. <https://www.notebookcheck.net/Our-definitive-laptop-purchase-advice-All-you-need-to-know-to-ensure-you-are-getting-the-perfect-laptop-for-your-needs.2559.0.html>
- Technical Image Press Association (s. f.). Our History. *TIPA World Awards*. <https://www.tipa.com/our-history/>

Presentación | IVÁN RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Semblanza

Semblanza, vida y obra del Dr. Felipe Villavicencio Terreros (1955-2020).

In memoriam | JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ

Artículos de investigación

Derecho penal y delincuencia organizada: un análisis desde la perspectiva de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann | EDUARDO DANIEL

VÁZQUEZ PÉREZ

Due diligence de compliance penal en operaciones de M&A como criterio para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica adquiriente o resultante, en el marco de la Ley n.º 30424 | PERCY ANDRÉ SOTA SÁNCHEZ

La presunción de inocencia en el sistema acusatorio | MARÍA ESTHER FELICES MENDOZA

El cumplimiento del fin constitucional de la pena en el sistema penitenciario peruano. ¿Utopía o realidad? | NANCY NOEMÍ GUERRERO MUÑOZ

El control judicial de los límites materiales del poder de reforma constitucional en el derecho comparado | EVELYN MILAGROS

CHILO GUTIÉRREZ

Bicentenario y gobernabilidad: ¿Asamblea Constituyente o reforma constitucional? | RENZO CHIRI MÁRQUEZ

La influencia de los postulados de la Revolución francesa en la Constitución de 1823 | OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA

Nociones y discusiones sobre la Administración pública en el Perú: una mirada a su diferenciación administrativa y jurisdiccional | RAÚL MARTÍN VIDAL CORONADO

Minería en la Amazonía: un fracaso civilizatorio | LUIS A. HALLAZI MÉNDEZ

Asimetría de información y el consumidor de productos tecnológicos en la era internet | ENRICO MARCEL HUARAG GUERRERO