



REVISTA

LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 2 • FEBRERO 2022

Director: Juan Carlos Valdivia Cano



Pasión por el
DERECHO

REVISTA LP Derecho

AÑO 2 • NÚMERO 2 • FEBRERO 2022

DIRECTOR

Juan Carlos Valdivia Cano

COMITÉ EDITORIAL

Mario Castillo Freyre
Iván Meini Méndez
Estela Ospina Salinas
Edgardo Rodríguez Gómez
Fort Ninamancco Córdova
César Abanto Revilla
Jorge Danós Ordóñez
Giammpol Taboada Pilco
María Quispe Ponce
Jaime Coaguila Valdivia
Iván Montes Iturrizaga
Celis Mendoza Ayma
Carlos Polanco Gutiérrez
Beatriz Ramírez Huaroto
Luis Alfaro Valverde
Mariano Fernández Ameghino (Argentina)
Alain Castro (Colombia)
Fernando Salazar Silva (Colombia)
Ana María Núñez Henao (Colombia)
Eric Eduardo Palma González (Chile)
Ricardo Marcelo Fonseca (Brasil)
José Ramón Narváez (México)

COORDINADORA GENERAL

Sandra Gutiérrez Iquise

ASISTENTES DE COORDINACIÓN

Enrique Joel Cárdenas Condori
Diana Pacheco Rojas

Revista LP Derecho N.º 2

Febrero 2022

ISSN (en línea)

2789-3375

Edición a cargo de:

© Clic Derecho SAC
para su sello editorial LP
Pasaje Puerto Rico, 131
Jesús María, Lima
Teléfono: 931 807 816

Correo electrónico:
revista@lpderecho.pe

Dirección web:
revista.lpderecho.pe

Corrección de estilo

Martín Baigorria Castillo
Karen Espinoza Canchuricra
Ana Campoverde Camacho

Diseño y diagramación

Anyela Aranda Rojas



Este obra se distribuye bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-No Derivadas 4.0 Internacional. Se puede descargar y compartir el contenido siempre que se cite al autor bajo esta misma licencia. No válido para usos comerciales. No se puede modificar el contenido.

CLIC DERECHO SAC no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores en sus artículos y comentarios, los cuales son de su exclusiva responsabilidad.

Índice general

AÑO 2 • NÚMERO 2 • FEBRERO 2022

Presentación

Juan Carlos Valdivia Cano

5

CONSTITUCIONAL

Los debates fundacionales del constitucionalismo peruano sobre el gobierno, la justicia y la ciudadanía

Fernández Velez, Carlos Alberto

15

ADMINISTRATIVO

El proceso contencioso administrativo:
Fundamento, actividad probatoria y probanza de pretensiones resarcitorias

Vicente Brayan Villalobos Villalobos

37

COMPLIANCE

El *public compliance* en el Perú.
Estado de la cuestión y desafíos hacia la construcción de una agencia anticorrupción

Percy André Sota Sánchez / Tania Pereyra Villar

74

PENAL

No tenemos otro amo que la palabra de la ley:
Principios que limitan el poder punitivo

César Deonicio Jara Espinoza

94

La reparación civil en el delito de peligro abstracto:
una referencia desde los delitos de corrupción pública
y organización criminal

Héctor Humberto Mejía Mendo

107

PROCESAL PENAL

El in dubio pro persona agredida:
Compatibilidad con el sistema jurídico local y sustento
constitucional de su aplicación

Luis Miguel García Rodríguez

126

PROPIEDAD INTELECTUAL

Los derechos conexos en la industria musical:
Una mirada analítica al caso controversial de la artista
estadounidense Taylor Swift

Luis Jeampierre Ramos Apaza

144

RECENSIÓN

Ramos Núñez, Carlos y Martín Baigorria Castillo,
Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes.
Lima: Legis.pe, 2017, 176 pp.

Christophe Wampach

160

Presentación

Agradecido y abrumado, al encargarme de la dirección de esta revista, lo primero que debo hacer es declarar que haré todo lo que la pasión y la cabeza me ordenen para merecer este honroso compromiso, aun cuando pueda fracasar en el intento; máxime si tenemos en cuenta las enormes, reconocidas y variadas calidades de mi antecesor, Carlos Ramos Núñez, quien hace poco nos dejó prematura y lamentablemente en el cénit de su carrera, dejando muy alta la valla de la calidad humana y profesional que le eran inherentes.

Hay que lamentar también que, teniendo en cuenta el carácter, la extensión y la profundidad de la actividad jurídica, de la disciplina que llamamos derecho, se puede considerar sin exageración que un jurista como Carlos Ramos Núñez nos dejó en la flor de la edad. Y si me atrevo a decir algunas palabras sobre él, sin caer en el oportunismo, es porque ya en vida del historiador (jurista, magistrado, investigador, profesor) he opinado sobre su obra y su persona en algunos de sus escritos, como *Derecho, tiempo e historia*, libro que tuve el honor de prologar.

Allí no escribí sobre él en tanto historiador solamente, a pesar de la temática, sino como un hombre de carne y hueso, de un hombre que pudo expresarse con palabras como estas, que lo grafican claramente: «Un ser humano que no espera otra recompensa que dictar una clase, visitar una biblioteca, frecuentar un archivo y leer un buen libro». Alguien así no puede ser una mala persona. Pero Carlos Ramos Núñez no fue solo una buena persona, obviamente. Sería motivo insuficiente para darme el trabajo de escribir esta presentación en forma de merecido reconocimiento. Pero también fue mucho más que un mero historiador. Decir que fue un «jurisprudente» resulta —quizá— más exacto, aclarando inmediatamente que lo fue en el antiguo sentido romano de la palabra, más amplio y profundo que en el sentido actual del jurista-especialista, solo que apasionadamente inclinado a la historia. Pero la historia parece inseparable de su reflexión e interpre-

tación, de su inevitable filosofía, de sus imprescindibles presupuestos, lo cual tiene consecuencias y vale incluso para los que conciben la historia casi como pura descripción objetiva de hechos del pasado, si esto fuera posible.

En aquel texto de Carlos Ramos que cito en el párrafo anterior, también hablo de él en tanto historiador, evidentemente, una suerte de inevitable «especialista en historia», de todas maneras. Y eso tendría sentido a favor de la idea de especialización en historia, aun forzando un poco las cosas, pero, como él lo mostró, ocurre que la historia no puede practicarse y vivirse solo como una especialidad (muchos positivistas agregarían «científica»), porque abarca el conjunto de las actividades humanas, sino también se le puede ver, entender y practicar como un punto de confluencia de diversas actividades o disciplinas, un espacio de *desterritorialización* (Gilles Deleuze): un punto de encuentro más allá de los géneros literarios o extraliterarios y del respeto a los cánones disciplinarios, como creo haber entendido a partir de la lectura de su obra.

«El autor también hace historia de la historia del derecho —dije en ese prólogo— y, en esa medida, piensa la historia en época de interdisciplina, de multidisciplina y aun de subversión de las disciplinas, de transdisciplina, si bien las considera en el contexto de la vinculación entre derecho e historia, que solo se pueden separar en abstracto». Disciplinas que no son asumidas como cotos cerrados siempre externos unos en relación con otros, sino como *vasos comunicantes* que diluyen fronteras al hacer historia, en sus múltiples sentidos.

La humana capacidad de abstracción, más que separar (materialmente), distingue (mentalmente). Y distingue donde los elementos de un todo no se pueden separar unos de otros porque constituyen un todo, esa unidad indisoluble en sus aspectos: lo económico, lo político, lo ideológico, lo jurídico, etc., en una realidad regional o nacional específica, etc. ¿Dónde termina o comienza un factor y termina o comienza el otro? Lo concreto se caracteriza por la inseparabilidad de los elementos o componentes que constituyen esa unidad, ese todo justamente; lo que no impide su distinción como operación puramente mental: la abstracción.

Pero el historiador, cualquiera que sea, tiene una manera de concebir la historia, un punto de vista, una perspectiva que deriva de una cosmovisión

determinada, no de la «verdad», y sabe que el resto de colegas están en la misma situación y que, aunque muchos han perdido la inocencia histórica —por así decirlo—, aunque en nuestro medio todavía hay de los que creen en el deber o ideal de objetividad histórica, lo que negaría el papel de la interpretación en esta disciplina: el historiador *naïf*. Porque la interpretación es creación de sentido y no una mera operación cognitiva que puede, o no, ser «objetiva». Una interpretación no puede ser más o menos verdadera, sino mal o bien fundada, lo que hace ver, para quien quiere ver, que se trata de puntos de vista y no de verdades, aunque partan de hechos históricos y se requiera fidelidad a ellos.

Las interpretaciones son siempre subjetivas, en el sentido de que provienen de una cosmovisión particular, aunque partan (o intenten partir) de aquello que solemos llamar «la realidad», que ya sucedió. No es solo un asunto cognitivo, sino también retórico, argumentativo, lingüístico, hermenéutico.

Y por esa inevitable manera de concebir la historia, que siempre difiere de sujeto a sujeto, esa disciplina es inseparable de la filosofía de la historia, de esa —ineludible— manera de concebir o entender la historia, cualquiera sea su versión. Incluso quienes creen que hablan o escriben desde el punto de vista de la objetividad científica también tienen un concepto de la historia (un *background* cientificista, o positivista, en este caso), si bien ellos no lo saben, o no lo aceptan. En consecuencia, para ser un buen historiador del derecho hay que ser, ineludiblemente, un filósofo del derecho, es decir, un filósofo, y saber derecho.

Pero Carlos Ramos no solo era un historiador —y, en consecuencia, un filósofo de la historia y del derecho—, sino más que eso, como lo muestra su vasta, rica y amena obra. Y cito precisamente a un filósofo, el argentino José Luis Romero, quien, respecto a este punto, nos recuerda al padre de los historiadores: «Heródoto intuye —intuición genial y supuesto imprescindible para el historiador— la radical complejidad de la vida histórica y la necesidad de polifurcar la indagación hacia las múltiples raíces del hecho primario hasta pisar firmemente los diversos planos cuya conjunción configura la vida histórica»¹.

¹ J. L. Romero, *De Heródoto a Polibio. El pensamiento histórico de la cultura griega*.

Además —y esto es inseparable de las condiciones señaladas en el párrafo anterior—, hay que escribir muy bien para expresar adecuadamente esas condiciones, como lo hizo Carlos Ramos Núñez, una de cuyas disciplinas académicas o extraacadémicas fundamentales fue la literatura, entendida ampliamente, lo que incluye al ensayo.

Era el que mejor sabía del valor de esa hermosa «herramienta» para el derecho y la historia llamada literatura, porque confluyen en su obra. Una obra monumental, como los siete tomos en once volúmenes de la *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, que fuera inicialmente la tesis con que se graduó de doctor en Derecho por la PUCP. Es una muestra de su potencia investigativa, su precoz y detallada erudición.

Dicha potencia se expresa a través de una saludable, clara y elegante prosa, en la cual las proporciones entre lo anecdótico, lo jurídico, lo político, lo económico y lo ético están artísticamente distribuidos, independientemente de la temática puntual. Hay un buen oído y un buen gusto en los usos del lenguaje de esta obra a la vez brillante y cuantiosa.

Todo ello supone una formación humanística, de manera tal que la nominación de «especialista» —que, en sentido estricto, solo es pertinente cuando se aplica a las ciencias— lo es menos todavía para ubicar o situar académicamente la «especialidad» de Carlos Ramos. Simplemente, fue un ser de su tiempo, que vivió, como debe ser, su tiempo y por encima de él; tiempo en el que los ideales intelectuales de la modernidad (como el de la especialización a toda costa) devienen obsoletos cuando se trata de problemas humanos en una época enormemente compleja y paradójica.

Tal vez nuestra mentalidad, un poco «alienada» por la idea de especialidad, comprende mal a un intelectual, un jurista, un historiador, un escritor como Carlos Ramos Núñez. Se le puede reducir a una de sus facetas —como a un especialista—, lo cual en su caso puede significar una mutilación; o se evoca a su propósito, interdisciplina: historiador, jurista, magistrado, literato, profesor. Es otro punto de vista. Y, desde ese otro punto de vista, puede decirse que Carlos Ramos era, sin duda, un historiador, pero lo fue en el sentido más rico y profundo, más allá de la especialidad. No podía ser un especialista en historia, una suerte de científico o algo así. Lo que no excluye las condiciones requeridas en las ciencias (pero que no son exclusivas de ellas), como el rigor, la exigencia con uno mismo.

El término *transdisciplina* puede ser más gráfico y preciso con respecto a la obra de Carlos Ramos Núñez, si tenemos en cuenta al historiador March Bloch: «Se ha dicho alguna vez: la historia es la ciencia del pasado. Me parece una forma impropia de hablar. Porque, en primer lugar, es absurda la idea de que el pasado, considerado como tal, pueda ser objeto de la ciencia. Porque ¿cómo puede ser objeto de un conocimiento racional, sin una delimitación previa, una serie de fenómenos que no tienen otro carácter común que el no ser nuestros contemporáneos? ¿Cabe imaginar en forma semejante una ciencia total del universo en su estado actual?»².

La historia no se ocupa directamente de la realidad presente, como las ciencias, y menos aún de la naturaleza, sino de vida humana pasada (con el fin de entender el presente en proyección al futuro, evidentemente). No es un trabajo solo de conocimiento (indirecto), sino de reflexión y valoración, una vez más: de interpretación. La historia no es una especialidad científica, sino, como el derecho y la filosofía, una disciplina humanística. Se ocupan básicamente del sentido y los valores. Existieron veinte siglos antes que la ciencia, que es moderna (Galileo, Copérnico, Kepler, etc.). El objeto de investigación histórica —el ser humano entero, centrado en una actividad específica en un momento específico— está abierto a toda la realidad, a la realidad completa. Por ello, hablamos de transdisciplina, antes que de interdisciplina o de multidisciplina. En este caso, las «disciplinas», que —como se dijo— funcionan sin solución de continuidad, le sirven al historiador, al jurista, al humanista —esa especie en desaparición—. Son medios, no fines:

No es usual que en el Perú jueces y abogados, e incluso cierto género de profesores universitarios, se propongan, inesperadamente, dejar códigos y leyes de lado y asuman una perspectiva crítica frente a las herramientas legales con las que usualmente operan, ni que reconociendo la arraigada formación legalista que la Facultad y la propia práctica les impartieron [...] descubran voluntariamente, las bondades que en su desarrollo personal y profesional les ofrecen la historia del derecho, derecho romano, el derecho comparado, la teoría del derecho, metodologías modernas como el análisis económico, la titularización. Ciertamente no se trataba solo de recibir inermes un conjunto organizado de datos, sino

² M. Bloch, *Introducción a la historia* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 27.

que se les urgió impenitentemente que aplicasen con creatividad las teorías y los métodos sugeridos a situaciones y ópticas nuevas³.

Es su talante humanístico y su actividad de investigador nato, por ejemplo, lo que llevó a Carlos Ramos a entender claramente la problemática de la enseñanza de la investigación jurídica (*rara avis* en el medio académico regional y nacional). Aquí, el ser provinciano, contra lo habitual, se convirtió en ventaja cognitiva para él. Conocía el problema en carne propia. Y no tuvo pelos en la lengua para llamar a esa estereotipada enseñanza de la investigación jurídica «talibanismo metodológico»: la inadecuada idea según la cual hay reglas científicas obligatorias para elaborar el proyecto y desarrollar la investigación jurídica. Una paradójica dogmatización de lo que debería ser, más bien, una oportunidad para desarrollar la conciencia crítica en el investigador jurídico en ciernes: es ejemplo del contubernio entre educación escolástica premoderna y «positivismo *pop*» (Fernando de Trazegnies), propio de nuestra realidad escolar y universitaria, salvo pocas excepciones.

Si, como los «positivistas *pop*» creen, el derecho es una especialidad científica, entonces hay que aplicarle necesariamente el (supuesto) método de investigación científica. Y punto. Y esto sigue ocurriendo. Al intentar la extrapolación de los supuestos métodos de las disciplinas cognitivas a una disciplina prescriptivo-normativa basada en valores, como lo es el derecho, ¿cómo se puede esperar que algo encaje? De allí la actitud puramente fiscalizadora y casi policiaca en la exigencia de detalles ínfimos que, innecesariamente, se exigen para aprobar el proyecto de investigación jurídica, lo que sustituye a una asesoría inteligente y comprensiva, tanto de la problemática académica o intelectual del graduando como la planteada en su proyecto específico de investigación jurídica.

Esa actitud «talibanesca» revela, una vez más, el carácter autoritario de la educación mayoritaria: las excesivas y ociosas exigencias imperativas, además de la mencionada extrapolación metodológica que conduce a esas actitudes inquisitoriales. La educación escolástica de base (dogmática, acrítica, repetitiva, autoritaria, tediosa, etc.) y el «positivismo *pop*» son la fórmula ideal para mantener la tradición educativa prerrepública o premoderna, y bloqueada la capacidad crítica y autocrítica de los estudiantes, indispensable en el aprendizaje basado en la investigación.

³ C. Ramos, *Derecho, tiempo e historia* (Lima: LP, 2013), 29.

Como el profesor «talibanesco» no puede fundamentar satisfactoriamente las exigencias que impone al graduando, especialmente con motivo de la elaboración del proyecto, solo le queda la actitud «talibanesca» como respuesta. Esa que solo obliga, que no da, ni quiere, ni puede dar razones que justifiquen razonablemente esas exigencias.

Eso es muy difícil de justificar, porque, al extrapolar la metodología de las ciencias sociales causales al derecho, nadie podría justificar por qué se perpetran esas exigencias impertinentes: en derecho, el método es la imputación, no la causalidad, según el propio Hans Kelsen advertía en su *Teoría pura del derecho*, para distinguir las ciencias sociales causales de las ciencias sociales normativas.

Digamos que, en la transdisciplina, las disciplinas pasan a través del historiador (o el jurista) fluidamente y sin solución de continuidad: no son compartimentos excluyentes o yuxtapuestos, no funcionan como especialidades. El historiador las usa como quieren sus fines u objetivos y de acuerdo con ellos.

Para terminar, quiero decir que, a ejemplo de nuestro primer director, es bueno continuar bregando, hasta donde sea posible, por un lenguaje más sencillo, más llano, más claro y preciso en la vida jurídica; es decir, un lenguaje más democrático y republicano. Así nos lo hace ver, con el ejemplo, la magistral prosa de Carlos Ramos Núñez, que revela su talante literario, su familiaridad y su amor por la literatura, pero también por la historia y el derecho, que no son excluyentes en él. Amor que, en el fondo y la forma, es amor por la vida.

Juan Carlos Valdivia Cano
Director de la *Revista LP Derecho*

Bibliografía

Bloch, Marc. *Introducción a la historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Ramos Núñez, Carlos. *Derecho, tiempo e historia*. Lima: LP, 2013.

Romero, José Luis. *De Heródoto a Polibio. El pensamiento histórico de la cultura griega*.

REVISTA
LP Derecho

Artículos



LOS DEBATES FUNDACIONALES DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO SOBRE EL GOBIERNO, LA JUSTICIA Y LA CIUDADANÍA

The foundational debates of Peruvian constitutionalism on government, justice and citizenship

Autor: Fernández Velez, Carlos Alberto*

REVISTA

LP Derecho

Fernández Velez, Carlos Alberto

«Los debates fundacionales del constitucionalismo peruano sobre el gobierno, la justicia y la ciudadanía».

Revista LP Derecho.

2 (2022): 15-36.

Recibido: 30/11/2021

Aprobado: 13/1/2022

* Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Instituto Sanmartiniano del Perú (ISMP). Autor de «El Protectorado de San Martín: 200 años de la proto-constitución del Perú» y de diversos artículos en derecho empresarial. El presente artículo se basa en la ponencia «Bicentenario del Protectorado del Perú: Bases constitucionales para un país independiente», realizada en el ISMP el 3.11.2021. Correo electrónico: cfernandez@pucp.edu.pe

 <https://orcid.org/000-0003-4082-3858>

Resumen

El presente artículo propone analizar el desarrollo iusfilosófico del proceso de emancipación política que se dio para crear las naciones hispanoamericanas en general y la nación peruana en particular. El final del siglo XVIII estuvo lleno de hitos que marcaron el desarrollo de las sociedades occidentales: las revoluciones estadounidense y francesa, el desarrollo del concepto de Estado y la elaboración de las primeras constituciones escritas son algunos que merecen ser destacados. Hispanoamérica, una región relativamente homogénea, también encaró estos cambios. Se estudiará el desarrollo del proceso que antecede a la instalación del Congreso Constituyente peruano de 1822.

Palabras clave

Constitución, Ilustración, independencia americana, gobierno.

Abstract

This article proposes to analyze the iusphilosophical development of the emancipatory process which was staged to create the Hispanic American nations in general and the Peruvian Nation in particular. The end of the 18th century was full of milestones which set a path for Western societies: the American and French Revolutions, the notion of Statehood and the drafting of the first written constitutions are some to be brought to the table. Latin America, a relatively homogenous region, also faced these changes. The process leading towards the Peruvian Constitutional Congress of 1822 will be studied.

Keywords

Constitution, Enlightenment, American Independence, government.

Introducción

Colombianos, las armas os han dado la independencia, las leyes os darán la libertad. Esta máxima, perteneciente a Francisco de Paula Santander (1792-1840), se encuentra immortalizada en el Palacio de Justicia de Colombia. Santander fue un personaje cercano a Simón Bolívar y, con justicia, considerado un padre de la patria. Al igual que Bolívar, tuvo acciones de armas destacables, sobre todo, la victoria en la batalla de Boyacá (1819). Sin embargo, también fue un jurista visionario. Como presidente de la entonces Gran Colombia dio un paso complementario al desarrollo efectivo en la construcción de su nación. No era de sorprender que, como hombre de leyes, quisiera sintetizar para el pueblo el paso que acababan de dar en la década de 1820: sí, la campaña le había costado muchas vidas y recursos a la Nueva Granada.

Sin embargo, para Santander, este sacrificio era solo el principio para conseguir «la libertad». Habían conseguido que España ya no tuviera poder en los asuntos de aquella sociedad. Eso es «la independencia». No obstante, si la sociedad neogranadina quería ser viable en el proyecto de país llamado Colombia, necesitaba establecerse un nuevo orden. Como reza el brocardo: *Ubi societas, ibi ius*: era necesario establecer cuán diferente iba a ser el nuevo Gobierno colombiano respecto de la antigua administración española.

Esta primera reflexión nos invita a contemplar lo importante que fue para las nacientes naciones hispanoamericanas establecer sus primeros gobiernos bajo el imperio de

la ley. Hispanoamérica inspiró su emancipación en las ideas que se gestaron a lo largo del siglo XVIII, el Siglo de las Luces, y que se vieron reflejadas en las contiendas de poder suscitadas en la Revolución Americana (contra el Gobierno central británico) y la Revolución Francesa (contra el absolutismo). Es cierto que lo más llamativo de estos procesos históricos son los hechos de armas que pueden individualizarse en fechas, lugares y nombres de sus principales militares. Sin restar importancia a los héroes de los campos de batalla, quiero rescatar las ideas sobre las que se cimentaban sus coloridos pendones.

«Gobierno», «justicia» y «ciudadanía» son conceptos de interés tanto para la ciencia política como para el derecho, pues en torno a ellos se asientan las sociedades. Por ello, en las siguientes líneas se abordarán los cambios ontológicos ocurridos en los albores de los procesos independentistas hispanoamericanos, con énfasis en el proceso peruano. A través de la reflexión sobre estos conceptos, se podrá apreciar que el proceso de independencia política significó un primer paso en la creación de una conciencia cívica, mediante el reconocimiento de aquellas libertades y garantías sobre las que se cimentó el constitucionalismo moderno en el Perú.

I. El tardío Virreinato del Perú

I.1. Antesala a la revolución hispanoamericana

Para estudiar los cambios que se produjeron al inicio del proceso emancipatorio, necesariamente se tiene que exponer el estado de cosas en la víspera de tales eventos. De este modo, se pretende otorgar un con-

texto del hombre, su sociedad y las ideas que sostenían la vieja sociedad virreinal.

En la historia del Perú, particularmente la época virreinal, con sus cerca de tres siglos de duración, es muy rica, sobre todo porque, al iniciarse el contacto con el mundo europeo, se produce el proceso de mestizaje y la documentación escrita de la vida social y del gobierno. Puede considerarse que las semillas de la disconformidad en Hispanoamérica hacia la metrópolis —que, a la larga, germinaron en los gritos de independencia— se encuentran en las reformas borbónicas, especialmente en el ámbito fiscal¹. Estas fueron consecuencia del costo militar de la guerra de los Siete Años (1756-1763). Las medidas que tomaron los principales imperios mundiales (Gran Bretaña, España y Francia) para financiar la campaña en el hemisferio occidental repercutirían en el destino de estos actores. Gran Bretaña y España perderían sus imperios continentales bajo el grito de independencia²; mientras que Francia pasaría de la bancarrota a la revolución popular³.

¹ K. W. Brown, «Guerra, impuestos y reformas financieras: las colonias españolas e inglesas del siglo XVIII», *Histórica*, 39 (2015).

² Aunque tras la pérdida de las trece colonias que formarían el núcleo de los Estados Unidos, los británicos conservarían los dominios del Alto Canadá, el Caribe y adquirirían Quebec por parte de Francia, perderían influencia directa en la América continental ante la disminución del capital humano y de la tierra arable. Sus intereses virarían hacia el Pacífico Sur, África y el Raj de la India. Por su parte, España conservaría sus posesiones caribeñas como restos de su mayor imperio americano: Cuba, Puerto Rico y, entre vaivenes, Santo Domingo (hasta su independencia total en 1856 como la República Dominicana). La debacle política alcanzaría su máximo punto en 1898, cuando es obligada a ceder sus otros dominios en el Pacífico.

³ K. W. Brown, «Guerra, impuestos y reformas financieras», *op. cit.*, 142-150.

Para paliar el coste de la guerra, España realizó una serie de medidas militares, fiscales y administrativas para garantizar el mejor control de sus dominios americanos tras aquel conflicto. Dentro de estas medidas se pueden encontrar las creaciones de los Virreinos de Nueva Granada (1717) y del Río de la Plata (1776), en detrimento de lo que hasta entonces formaba parte nominal del extenso Virreinato del Perú en Sudamérica. A continuación, dentro de la perspectiva del despotismo ilustrado, expulsó a la orden jesuita de América bajo la consigna de la erradicación de un Estado dentro de otro Estado⁴, aumentando así el control de los virreinos sobre las zonas de las misiones. Finalmente, se crearon estancos e impuestos⁵. Para la mejor administración de estas medidas se implementó el sistema de intendencias (1778).

I.2. El gobierno del tardío Virreinato (siglo XVIII)

I.2.1. La Real Audiencia

La Real Audiencia representaba el traslado del sistema de justicia castellano en el Nuevo Mundo. Dentro de las principales Audiencias continentales se encontraban las de Lima (1542), Nueva España (1527), Chile (1565) y Quito (1563). La competencia de la autoridad en cada una resultaba heterogénea: mientras que en las dos primeras la presidencia recaía en el virrey, en la tercera lo hacía en el gobernador. En la última, un magistrado era el presidente de la Audiencia.

⁴ A la larga, la Provincia Paraguaria (1604-1768), dependiente de la Compañía de Jesús, será el núcleo identitario de la actual República del Paraguay.

⁵ K. W. Brown, «Guerra, impuestos y reformas financieras», *op. cit.*, 122-128.

El Consejo Real de Indias era la autoridad encargada de crear las Reales Audiencias en los dominios americanos⁶. El común denominador de estas consistía en la nula existencia tanto de la división de poderes como de la pluralidad de instancias. Tampoco existía la figura de la recusación de la autoridad, pues se consideraba que al entablarse el pleito se aceptaba tácitamente su competencia⁷. Tal era la situación de la única instancia que controlaba y vigilaba al mismo tiempo el ejercicio del poder público.

1.2.2. Los cabildos

El recordado magistrado e historiador del derecho Carlos Ramos Núñez realizó un prolijo trabajo sobre el sistema de justicia que en el siglo XVIII funcionaba en la América hispana. En este escenario, el cabildo se constituía en una instancia de justicia local. Luego, el pleito podía ser de conocimiento del corregidor o, a partir de las reformas borbónicas, del intendente. Estas dos últimas autoridades representaban la Justicia Real, cuyos fallos podían ser recurridos ante la Real Audiencia. Por encima de ella se encontraba el Consejo Real de Indias, el cual —aun cuando propiamente no se considerase como instancia— podía conocer controversias judiciales, además de emitir leyes y examinar estatutos⁸.

Si a los ojos del desarrollo constitucional de la actualidad considerásemos la soberanía como la capacidad de ejercicio de atribuciones por cuenta del Estado, ninguna

de las entidades del sistema de gobierno hispanoamericano contaba con aquella capacidad a plenitud, ya que la fuente de su competencia y autoridad provenía de la Justicia Real y del Consejo de Indias⁹.

1.2.3. La noción de «vecindad»

Lo descrito anteriormente se refiere al sistema encargado de garantizar el orden social, por lo que corresponde ubicar dentro de él al individuo que forma parte de tal sociedad. La posición de este respecto de sus pares, a fines del siglo XVIII, se identificaba en términos de pertenencia a una comunidad. En este contexto, una persona podía ser reconocida como «vecina» de cierta localidad en función de su utilidad, comportamiento y residencia en un espacio geográfico. Ello le otorgaba, vista la integración a las relaciones de vecindad, derechos y privilegios según el espacio en que vivía. Aún se mantenía la figura del «forastero», persona no residente del lugar, como rezago del derecho romano clásico. El forastero, al no tener intereses depositados en la comunidad, no gozaba del mismo trato que quienes sí formaban parte de esta¹⁰.

Tal situación no era muy diferente en el Viejo Mundo, donde distintos asentamientos y sus respectivos habitantes podían tener tratos y derechos dispares entre ellos y entre la comunidad y el gobierno central, dependiendo del estatus de las urbes o territorios respecto de la Corona y de los privilegios históricos que esta les reco-

⁶ A. Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*. (México: UNAM, 1994).

⁷ C. Ramos Núñez, «La obra jurídica del Libertador José de San Martín en el Perú», *Cuadernos de Historia*, 21 (2011), 156.

⁸ *Id.*

⁹ J. A. Ramos Suyo, *Introducción al derecho. Sistemática y ciencia jurídica fundamental*. (Lima: San Marcos, 2014).

¹⁰ F. Núñez, «El concepto de vecino/ciudadano en el Perú (1750-1850)», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 17 (2007): 235-253.

nocía en premio a su fidelidad por alguna acción¹¹. En esta primera etapa, el término «ciudadano» era estrictamente reservado para aquel individuo que, adecuadamente, era vecino de una ciudad, del mismo modo que un «villano» lo era de una villa.

1.2.4. La Justicia Real

La relación del individuo con el sistema de justicia en el Antiguo Régimen se realizaba de forma indirecta bajo una relación de vasallaje¹². Esta institución, propia del medioevo, implicaba el mutuo reconocimiento de deberes entre el señor y el vasallo. Si bien para aquella época no estaban vigentes los feudos, el rey era el titular del derecho de homenaje. Entre los deberes que este asumía por el homenaje realizado por el vasallo se encontraban la administración de justicia y la protección militar, pues ambos repercutían en la tutela cuasipaternal del último. A cambio, el vasallo o súbdito ponía a disposición su propiedad y obediencia, no al reino, sino al rey, con carácter personal. Este era el tutor de sus súbditos.

En ese sentido, el aparato de gobierno orbitaba en torno a él, incluido el sistema judicial. Por ello, el acceso a lo que hoy conocemos como «carrera pública» se realizaba mediante la concesión del cargo por designio real (a modo de agradecimiento por servicios prestados a la Corona), compra-venta de la posición (cual si fuera una propiedad bajo regalía) o por elección (si tal privilegio fue otorgado a la localidad en la que el cargo fuese requerido). Sea como

fuere su acceso y ascenso en las instituciones de gobierno, el funcionario solo respondía por su lealtad a las leyes del rey.

La relación de vasallaje como parte del discurso político y jurídico puede apreciarse en los bandos que recapitulan la rebelión de Túpac Amaru II. En un primer momento, el prócer se consideraba a sí mismo como un buen vasallo que purgaba a los malos funcionarios que manchaban la reputación del rey. No obstante, la justicia virreinal no lo consideró así, e, invocando la institución mencionada, se autorizó a que todo vasallo, incluso si había quebrado anteriormente el deber de fidelidad, capturase o ejecutase al líder de la rebelión. Una proclama disponía así:

[...] cree el Fiscal poderse declarar rebelde al cacique Túpac Amaru, y en caso que [sic] no se entregue, o le entreguen sus partidarios a las reconvenções o requerimientos [...], autorizarse a todo vasallo del Rey, tanto del partido rebelde como del que pase a subyugarle, para que le aprendan o maten¹³.

Del mismo modo, entre las proclamas que atribuyen la autoría a José Gabriel Condorcanqui Noguera, Túpac Amaru II, también se aprecia la retórica paternalista que se esperaba del gobernante en la vieja monarquía y la denuncia contra el sistema de funcionarios que orbitan alrededor de él. De esa manera, le atribuye el estado del mal gobierno del Perú a Carlos III, entonces rey de España, y a sus antecesores:

Por cuanto es acordado en mi Consejo por junta prolija por repetidas ocasiones [...] que los Reyes de Casti-

¹¹ Considérense la institución de la Carta Puebla (*Chartae populationis*) del proceso de reconquista ibérico y su relación con el fuero municipal.

¹² F. Núñez, «El concepto de vecino/ciudadano en el Perú (1750-1850)», *op. cit.*, 237-239.

¹³ *Ibid.*, 238.

lla me han tenido usurpada la corona y dominio de mis gentes, cerca de 3 siglos, pensionándome los vasallos con insoportables gabelas, tributos, piezas, lanzas, aduanas, alcabalas, estancos, catastros, diezmos, quintos, virreyes, audiencias, corregidores y demás ministros, todos iguales en la tiranía, vendiendo la justicia en almoneda con los escribanos [...]»¹⁴.

El propósito del tenor de tal mensaje estipula que, ya que la monarquía hispana no tutelaba con justicia a los vasallos, un monarca andino debía reasumir tal deber.

II. El debate constitucional en el Siglo de las Luces

II.1. Concibiendo al «Estado» desde la filosofía europea

Como se anticipó, la guerra de los Siete Años resultó una empresa costosa para los imperios europeos involucrados. Ello se tradujo en el aumento de la recaudación hacia los habitantes de las Américas (mientras que, en caso de Francia, tal peso lo soportó el pueblo llano no intitulado). A la larga, el natural descontento se vio agravado por las medidas que se implementaron para censurar cualquier tipo de oposición. Estas fueron la yesca y el pedernal que crearon el ambiente adecuado para la propagación de nuevas ideas contra el *statu quo*.

El intercambio colombino y la mayor interacción con sociedades foráneas les dio a los europeos de la modernidad tardía (si-

glos XVII y XVIII) la perspectiva de otras estructuras sociales y formas de gobierno distintas a las monarquías a las que estaban acostumbrados. Entre los filósofos más interesados en el estudio de los gobiernos podemos encontrar a Hobbes, Montesquieu y Rousseau.

El famoso *Leviatán* (1651), obra de Thomas Hobbes, sirve como base para el estudio del Estado absoluto. La obra se ubica en una etapa de transición entre el absolutismo clásico posterior al cierre de la Edad Media¹⁵ y el despotismo ilustrado. Para aquellos días, la teoría del origen divino del Estado estaba presentando sus primeras fisuras, las cuales fueron profundizadas por autores posteriores para la mejor comprensión sobre el origen y razón del Estado¹⁶. Hobbes es una figura importante en el estudio del constitucionalismo británico por ser autor de un tratado político en el que considera la relación de los individuos dentro de un mayor cuerpo político que, propiamente, «constituye» al Estado. Mientras que la escolástica medieval afirmaba que los gobiernos tienen un origen natural¹⁷, la corriente racionalista de mediados del siglo

¹⁴ G. Bacacela Sisa Pacari, «Túpac Amaru dijo volveré y seré millones», *Democracia Abierta*, 31 de mayo de 2017.

¹⁵ Considérese que el feudalismo se encontraba extinto en Europa Occidental a fines del siglo XV, dando pie a que el rey recuperase la autoridad que antaño había sido diluida en favor del señor feudal. No es coincidencia que, entre los siglos XVI y XVII, el papel personal de monarcas como Enrique VII y Carlos I en Inglaterra, Francisco I y Luis XIV en Francia, Carlos I y Felipe II en España, Iván IV, Pedro I, en Rusia configuren los destinos de Europa y del mundo en mayor grado que sus antecesores medievales o que sus sucesores en la era industrial.

¹⁶ C. Schmitt, *El Leviatán en la doctrina del Estado*. (Azcapotzalco: UNAM, 1997).

¹⁷ Dentro de los muchos pasajes que sirven de sustento a tal teoría, resalta el versículo 21 del capítulo 2 del libro de Daniel: «[Dios] ordena los tiempos y los acontecimientos, da poder a los reyes o se lo quita; da a los sabios sabiduría, y ciencia a los entendidos».

XVII sitúa al hombre y su necesidad de superar el anárquico estado de la naturaleza¹⁸ como verdaderos sostenes de las organizaciones sociales bajo un sistema de gobierno colectivo.

Prosiguiendo con el segundo autor acotado, el barón de Montesquieu, debemos hacer mención de su legado en *El espíritu de las leyes* (1748), en el que establece un análisis de los sistemas de gobierno mediante el derecho comparado y a lo largo del tiempo. El eje del aquel trabajo gira en torno a establecer quién ejerce el poder y cómo lo hace. Es interesante notar el aspecto científico de la obra, al postular tres tipos de gobierno considerando variables culturales, naturales y la adhesión a principios que, según él, debían ser recogidos por la ley¹⁹. Los sistemas propuestos son el republicano, el monárquico y el despótico.

Montesquieu considera que el despotismo siempre será un sistema ilegítimo, pues se produce en una sociedad sin leyes y solo sostenida por el temor. En cambio, rescata que el republicanismo se cimienta en la igualdad como virtud política. La teoría en este sistema consiste en que el pueblo, como colectivo, se asume soberano y desarrolla leyes que se dirigen hacia el bien común. Finalmente, el monarquismo se caracteriza por tener al honor como garantía en la observancia de las leyes, pues desarrolla el poder de la aristocracia. Al amparo de ello, se libera a la colectividad para que

actúe conforme a los propios intereses particulares.

En *El contrato social* (1762), Rousseau enuncia: «El hombre ha nacido libre, y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado»²⁰. Rousseau parte de las ideas de Hobbes en cuanto al vínculo que forman los individuos para construir un Estado o una nación. Tal Estado se forma mediante la renuncia a la libertad para garantizar la seguridad; por ello, representa lo mejor que hay en la comunidad colectiva. Entonces, los individuos necesitan obedecer incondicionalmente al Estado, pues representa la voluntad popular.

En la obra de Rousseau, la voluntad general es equiparada con la soberanía, que es inalienable²¹. A su turno, al ser producto de la unión de la colectividad social, la soberanía es indivisible, aun cuando el soberano pretenda distribuir sus competencias en los poderes legislativo y ejecutivo. La ley es clave para la conservación del Estado²². Aun si la generalidad ha delegado poderes sobre sus vidas para que el soberano legisle, este no se encuentra encima de la ley ni su poder es ilimitado: la finalidad del contrato es la conservación de los contratantes²³. Con estas ideas entendemos por qué en nuestra contemporaneidad consideramos a las Constituciones como contratos sociales.

No es de extrañar que las personas de hace tres siglos debatieran sobre la pertinencia de estas ideas mientras veían cómo sus respectivos imperios ejercían mayor con-

¹⁸ Hobbes considera que no existen leyes «naturales», pues en la naturaleza no hay quien pueda hacerlas coercitivas en caso de incumplimiento. Véase C. Schmitt, *El Leviatán en la doctrina del Estado*, op. cit., 71-89.

¹⁹ Ch. L. de Secondat, barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (trad. Demetrio Castro). (Madrid: Akal, 2002).

²⁰ J. J. Rousseau, *El contrato social* (trad. Mario Millares E.). (Lima: Ebisa, 2020): 21.

²¹ *Ibid.* 35-36.

²² *Ibid.* 50-54.

²³ *Ibid.* 47.

trol sobre su quehacer. Del mismo modo, como consecuencia de las dos guerras mundiales del siglo XX, hubo una reconfiguración cultural que impulsó el reconocimiento de los derechos humanos, tras la guerra de los Siete Años, la gran guerra de la era preindustrial. Los pensadores de los imperios involucrados se plantearon si en verdad sus gobernantes podían disponer de las vidas y recursos de sus súbditos para satisfacer caprichos geopolíticos y, si existen límites, con base en qué estos se establecen.

II.2. Juan Pablo Vizcardo y Guzmán: el primer americanista

En nuestras tierras, Juan Pablo Vizcardo fue el máximo exponente filosófico sobre las quejas de las gentes del Virreinato. En su *Carta a los españoles americanos* sustentó que el bienestar de América se veía truncado por el abuso del poder ejercido por los gobernantes desde una distante metrópolis, ajena a los intereses locales de los virreinos²⁴. Denunciaba que, pese a la diversidad de recursos naturales, el trabajo de los americanos no satisfacía sus propias necesidades ni tampoco tenían control sobre las leyes a las que se sometían sus intereses. Hizo hincapié en que el mismo derecho que asistió a que las comunidades de Castilla se levantasen contra Carlos I (1520-1522) correspondía a las gentes de América, pues eran el sostén material del Imperio.

Debe entenderse que el propósito de la furibunda pluma de Vizcardo en absoluto pretende crear un sentimiento antihispano. Por el contrario, gran parte de sus ideas

se justifican en la evolución del sistema jurídico español. Para ello, realiza una analogía entre el final de los reyes godos y los reyes de España, a quienes considera arbitrarios e injustos por igual. Además, rescata el ascenso de los reinos de Castilla y Aragón por parte del pueblo llano, tal como lo fue la construcción del imperio por los conquistadores, sus aliados indígenas y sus descendientes mestizos. Su crítica se dirige contra quienes ejercen el gobierno que es sostenido por la gente común. Consideraba que la decadencia de la monarquía hispana se produce a raíz del ejercicio del poder en América sin respeto por los mismos fueros y libertades a los que, en la misma situación, sería sujeta de responsabilidad en Europa. Por supuesto, ello se refleja en el trato que recibieron los 5000 jesuitas expulsados arbitrariamente del continente:

Si el gobierno se cree obligado a hacer renacer la seguridad pública y confianza de la nación en la rectitud de su administración, debe manifestar en la forma jurídica más clara, la justicia de su cruel procedimiento, respecto de los 5,000 individuos de que se acaba de hablar [...]. Mas, si el gobierno se cree superior a estos deberes, ¿qué diferencia hace pues entre ella [la nación] y una manada de animales, que un simple capricho del propietario puede despojar, enajenar y sacrificar?²⁵.

Vizcardo compara el sistema de justicia español y la indiferencia de sus funcionarios como una «enfermedad política del Estado»²⁶. Esta situación bien pudo haber estado presente desde los orígenes del Virreinato, como se expone en la *Carta a los*

²⁴ A. Gutiérrez Escudero, «Juan Pablo Vizcardo y su “Carta Dirigida a Los Españoles...”», *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 17 (2007): 334-336.

²⁵ *Ibid.* 337.

²⁶ *Ibid.* 337-338.

españoles americanos; pero, si en tal época también comenzaron a realizarse rebeliones con mayor impacto, tales como las de Túpac Amaru II y Túpac Catari (1780), entonces también estas se podrían considerar síntomas de la circulación de las nuevas ideas de aquellos tiempos.

II.3. La importancia de los debates constitucionales para las revoluciones liberales

En todas las obras que produjo la Ilustración era claro que el mundo se gobierna por leyes naturales y racionales. Dentro de esta línea de pensamiento, el gobierno no podía ser ajeno a la organización del mundo. Desde su estancia en París, Thomas Jefferson, embajador de una joven nación norteamericana en los inicios de la Primera República Francesa, invitó a James Madison a considerar que «la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos»²⁷. Con ello quiso expresar que aquello que alguna vez le sirvió a una sociedad de antaño no podría considerarse como idóneo para una que aún vive sobre esta tierra y que debe satisfacer nuevas necesidades. La filosofía del gobierno y del derecho —consideraba Jefferson— debían ir al mismo ritmo que el desarrollo de todo pensamiento útil para la sociedad.

En nuestros tiempos se considera innegable que la Constitución es «norma fundamental», ya que aporta los cimientos (fundaciones, fundamentos) que sostienen la legitimidad del ejercicio del poder, las facultades de los gobernantes titulares de dicho poder, y las prerrogativas y competencias del Estado como unidad orgánica que

ejerce de manera exclusiva la soberanía²⁸. No solamente las revoluciones del hemisferio occidental han hecho uso de tal concepto para dar origen a nuevos Estados libres de toda injerencia extranjera, sino que, también, muchas otras conmociones sociales hicieron suya la consigna de fundar una nueva sociedad mediante el establecimiento de nuevas constituciones escritas.

Con ocasión del primer hito jurisdiccional del constitucionalismo, el caso *Marbury v. Madison* (1803), el *chief justice* John Marshall tomó la palabra por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América para reconocer que la ventaja de las constituciones escritas consiste en que refuerzan la consideración de aquellos principios naturales que inspiran a la formación primigenia de los gobiernos por parte de los gobernados como ley superior (*Law of the Land*)²⁹. García Pelayo³⁰ agregaría que la existencia de una forma escrita de las prácticas constitucionales es una continuación del proceso que trata de darle racionalidad al Estado. Sería, entonces, tal consideración la que hace que, en todo proceso o discurso que propugne realizar cambios sustantivos, el aspecto constitucional sea el asunto central que debe ser tratado para sostener la legitimidad y liderazgo político de los proponentes a tal cambio³¹.

²⁷ *The Papers of Thomas Jefferson*. (Princeton: Nueva Jersey, 1958): 392.

²⁸ M. Carbonell, «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina». *X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú (2009).

²⁹ *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137 1803).

³⁰ M. García Pelayo, «El “status” del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100 (2014): 15-37.

³¹ D. A. Pomareda Muñoz, «Los caminos de la nueva Constitución en el Perú: una propuesta democrática más allá de contextos particulares», *Revista LP Derecho*, 1 (2021): 20-22.

II.4. Dos perspectivas sobre el gobierno del decimoctavo siglo: la de los Estados Unidos y la de Francia

No hay duda de que el crecimiento de las potencias europeas, a raíz de los sucesivos descubrimientos e intercambios que obtuvieron con el resto del mundo, implicó la evolución de reinos hacia la formación de verdaderos imperios como no se habían visto desde el mundo antiguo, al menos en extensión territorial. Ello dio cabida a la transformación de la monarquía feudal en una monarquía absolutista. A la luz de la evolución del pensamiento filosófico, este tipo de gobierno —el absolutismo— estaba en progresiva deslegitimación por sus acciones, entendidas ahora como arbitrarias. A los pensadores y futuros «ciudadanos» (ya no súbditos) que formarían parte de un mejor gobierno les importaba la pregunta: ¿cuál debe ser la nueva relación entre el Estado y sus súbditos, si es que habrán de realizarse mejoras en el estado de cosas?

II.4.1. El constitucionalismo de los Estados Unidos de América

Los norteamericanos tuvieron una concepción particularmente interesante, dadas sus antiguas costumbres constitucionales (mucho anteriores a 1776). A diferencia de las colonizaciones llevadas a cabo por España o Francia, la colonización de la Norteamérica británica fue realizada a través de oleadas de migrantes voluntarios (como los «padres peregrinos») o por empresarios aliados mediante concesión real (*Royal Charter*). Sea como fuere, los colonizadores de los futuros Estados Unidos se consideraban a sí mismos como hombres libres, aun cuando guardaban lealtad a la Corona. Como tales, para el éxito de sus asen-

tamientos en territorio desconocido, y sin la protección de las leyes y autoridades que les hubieran asistido en Inglaterra, fueron propensos a celebrar pactos entre ellos³². Cabe recordar que, en 2020 se cumplieron 400 años de la firma del Pacto del Mayflower (*Mayflower Compact*).

No es de extrañar que los norteamericanos tuvieran un rechazo histórico hacia los gobiernos omnipresentes. Precisamente, la primera forma de gobierno que adoptaron las trece colonias en su transición hacia la independencia fue la de una estructura central sin mayor poder que el del arbitraje entre los gobiernos de las legislaturas de cada uno de los nuevos Estados. Originalmente, esta idea fue una adaptación de la Gran Ley de la Paz (*Great Law of Peace*) que preparó Benjamin Franklin observando la organización de las alianzas entre las naciones iroquesas³³. Claro está que los Artículos de Confederación (1781-1787) no fueron fructíferos debido a la debilidad del gobierno central ahí creado para mantener en orden e igualdad las relaciones entre los distintos Estados miembros, por lo que fue redactado un nuevo documento: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1789.

La Constitución estadounidense mejora las facultades y competencias de las instituciones del gobierno federal allí donde la norma predecesora flaqueaba. Aun así, su esencia se mantenía intacta como parte del compromiso entre los gobiernos estatales: el gobierno republicano entre hombres (y

³² D. B. Furnish, «La “revisión judicial” de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos», *Thémis*, 7 (1990): 17-19.

³³ D. A. Grinde Jr., «The Iroquois and the Development of American Government», *Historical Reflections/Reflexions Historiques*, 2 (1995): 301-318.

Estados) libres es el eje del país norteamericano y toda legislación debe ser favorable a tal propósito. La libertad de los ciudadanos solo es posible, en la teoría norteamericana, si el gobernante y los gobernados se sujetan al imperio de la ley.

II.4.2. La producción de la Primera República Francesa

Al otro lado del Atlántico, una sociedad fuertemente vinculada con el absolutismo entró en ebullición. A diferencia de Estados Unidos, que era un conglomerado de colonias que se rebelaban contra el poder metropolitano, en Francia no había un enemigo extranjero contra el cual crear una antítesis. Las voces de cambio apuntaban a las relaciones que hasta aquel momento se habían mantenido en la estructura social: nobles, clérigos, burgueses y peones. No es coincidencia —considero— que el primer documento redactado por la Asamblea Nacional francesa haya sido la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (en adelante, DDHC). Una manifestación de tal naturaleza proponía enfatizar la nueva relación que debe existir entre los ciudadanos en aras de construir un mejor gobierno.

La DDHC es un hito no solo para el pensamiento constitucional francés (del cual forma parte del bloque de constitucionalidad), sino también para el derecho constitucional en general como asidero de los derechos y libertades reconocidos como fundamentales desde entonces³⁴. Al reconocerse que el ciudadano es parte primordial en la formación de la comunidad, también se establece un límite al poder del gobierno.

³⁴ E. Carpentier, «Histoire et actualités constitutionnelles françaises», *Revista Jurídica Piélagus*, 1 (2009): 34-35.

Resulta curioso que los norteamericanos se hayan dedicado a construir un gobierno en primer lugar y a otorgarse derechos después de ello (*Bill of Rights* de 1791); mientras que los franceses primero se otorgaron derechos y, solo posteriormente, construyeron un gobierno con la Constitución del Año I (1793). Ello podría ser un indicativo de las prioridades de ambas sociedades si se considera la historia constitucional ya expuesta: en Francia, donde el rey ejercía su poder directamente, el principal interés de los súbditos fue emanciparse como individuos. Por el contrario, en Estados Unidos, que fueron un racimo de colonias geográficamente distantes de su metrópolis, la principal demanda fue el establecimiento de límites al gobierno central para evitar la interferencia de este sobre los derechos particulares.

III. El debate constitucional en «las Españas»

III.1. El despertar de las Juntas Gubernativas

De los muchos efectos colaterales que tuvo la Revolución Francesa, quizás uno de los más resonantes fue la caída de importantes monarquías. Si bien España ya no era la del Siglo de Oro ni la de la época de los descubrimientos, aún tenía un importante imperio ultramarino. La llegada de los Bonaparte a su trono sin lugar a dudas fue un evento estremecedor para los súbditos de ambos hemisferios ¿Se debía guardar lealtad a un rey impuesto por la fuerza de las armas? ¿Era legítimo que Carlos IV y Fernando VII hayan podido ceder sus derechos al trono en Bayona? ¿Cuál sería la autoridad de los gobernantes hispanos que ejercían poder en América? ¿Era necesario estable-

cer una nueva relación política entre los habitantes de ambos lados del Atlántico?

Bajo este ambiente de incertidumbre, en los dominios americanos no tardaron en pulular las Juntas Gubernativas a partir de 1808. El propósito de tales órganos fue el de preservar el gobierno de los dominios hispanos aun cuando no era clara la autoridad a la cual debía seguirse ante la ausencia del rey y la falta de reconocimiento de sus pares metropolitanos. Los criollos consideraron que la Junta Suprema instalada en la Península solo tenía validez para Sevilla y no tenía autoridad alguna sobre América. El sustento jurídico de esta situación se remonta a la bula *Inter caetera II* (1493), mediante la cual el gobierno del Nuevo Mundo era delegado por el papa Alejandro VI a título personal de los reyes de Castilla y sus descendientes (no a favor del reino de Castilla). Este detalle es trascendente; pues de haberse otorgado la concesión de los descubrimientos a la Corona, la autoridad de estos hubiera recaído en el almirantazgo castellano³⁵. A la larga, esto se sintetizó en el silogismo altoperuano: si el gobierno de las Indias fue otorgado al rey de España y este no puede gobernar; entonces, las Indias reasumen el gobierno de sí mismas.

III.1.1. El desencuentro de los mundos

Mientras España labraba su propia independencia, en la ciudad andaluza de Cádiz se desarrolló un evento que también tendría efectos sobre el debate de la independencia hispanoamericana. Convencidos de que la situación de desgobierno en la monarquía hispana debía resolverse por la razón e inspirados en las ideas revoluciona-

rias (en la facción de los afrancesados), los representantes de ambos lados del mundo se reunieron para proponer la abolición del antiguo régimen y formar una nueva relación entre los dos mundos. La principal noción del proyecto constitucional gaditano radicaba en la creación de un mismo Estado para ambos hemisferios, ello se manifiesta en su primer artículo: «La Nación Española es la reunión de todos los españoles de ambos Hemisferios». No obstante, este propósito común sería motivo de desacuerdos entre las provincias peninsulares y las americanas.

La sola composición de las Cortes de 1812 planteaba las diferencias iniciales que se producirían en el debate. La «Gran Nación Española» encontró problemas para definir la forma de organización de su territorio, lo cual es la base para poder distribuir el poder propiamente en el gobierno de su vasta población. Por parte de los diputados peninsulares, la unidad del Estado no debía verse afectada. Para los americanos, se proponía un Estado federal. Esto se produjo para recoger los intereses de las élites locales en América y como mejora a la situación de representatividad para futuros cuerpos políticos respecto de cómo estaba participando el Hemisferio Occidental: mientras que los diputados peninsulares estaban mejor representados por los reinos históricos de menor tamaño, los americanos estaban limitados a la representación del vasto territorio de los virreinos de su procedencia. Esta desazón sería traída a colación en las Conferencias de Miraflores (1820), donde San Martín le manifestó a Pezuela que no se podía tolerar la Constitución gaditana, sino como un «medio fraudulento para mantener el sistema colonial» debido a la inequidad en la represen-

³⁵ Ramos Suyo, *op. cit.*

tatividad de los diputados sin considerar censatariamente el tamaño de la población americana³⁶. No obstante, el debate en las Cortes sobre la forma de organización política del territorio fue dejado de lado para el desarrollo de posterior legislación una vez que se restablezca el orden en Europa y América.

Cabe señalar que en el constitucionalismo gaditano no solamente se debatió acerca de la igualdad entre los territorios europeos y los americanos; sino, también, sobre el mismo trato con el que se debían otorgar y proteger los derechos de los habitantes de estos. Así, la semántica de «ciudadanía» se expandió para comprender a todos los individuos en la misma medida sin importar el lugar ni privilegios que desde antaño les asistía en virtud de su lugar de residencia. La «ciudadanía española» pretendía equiparar a todas las personas asentadas en los territorios de la monarquía, que pasarían a componer el seno de la nación. Con tal estandarización se rompía la relación de dependencia entre los distintos tipos de vecindarios con el monarca. Como efecto de este evento, se creó el vínculo entre el ciudadano y la nación. Este gozaba, al igual que sus pares, de los derechos y privilegios que la ley considere asistirle sin mayor distinción que la utilidad pública.

III.1.2. La restauración fernandina

Por supuesto, una vez restaurado Fernando VII, este se deshizo de la Constitución que se había hecho a sus espaldas y contra sus intereses. Al elevarse los virreina-

tos y gobernaciones americanas al rango de provincias, no solamente aumentaba el derecho de representatividad de estas para participar en las Cortes; sino que también perdía su privilegio sobre las rentas que representaban para trasladarlas a un aparato administrativo estatal. Además, en un Estado donde impere la fuerza de una Constitución, su poder y soberanía se verían repartidos entre los distintos órganos, representantes e instituciones sobre las que estos se construirían. Incluso la propuesta federalista requerida como demanda americana le resultaba adversa; pues los Estados federales implican la propagación de valores democráticos para poder mantener los compromisos que habrían de sostener a la federación (como fue el caso de los E. U. A. para superar el fracaso de los Artículos de Confederación). Además, el federalismo por su naturaleza institucional, que busca la igualdad entre los Estados y sus habitantes, está emparentado con el republicanismo. Solo las armas del coronel Del Riego compelieron al monarca a aceptar la restauración de la Constitución durante el Trienio Liberal (1820-1823).

IV. El Perú hacia la independencia

IV.1. La adhesión al nuevo orden

Hay dos grandes teorías que se encargan de realizar una crítica respecto de la postura social durante el periodo de emancipación peruano. Por una parte, se tiene aquella que considera a la independencia como impuesta. Esta postula que la independencia solo fue posible por la presencia de tropas extranjeras ante la convergencia de las dos corrientes continentales. Ella critica que quienes debieron haber sido los líderes

³⁶ Gustavo Pons Muzzo, *Las conferencias de Miraflores y de Punchauca y su influencia en la conducción de la Guerra de la Independencia en el Perú* (Lima: Instituto Sanmartiniano del Perú, 1999): 9.

del proceso, la élite criolla, fueron ajenos a los cambios sociales e ideológicos que se producían alrededor; pues, Lima, a diferencia de otras grandes ciudades, no contó con una junta propia³⁷. Por otra parte, hay una teoría que argumenta que la independencia, al igual que en otros territorios, también fue aceptada en nuestras tierras³⁸. Como muestra de ello se tienen los levantamientos llevados a cabo en Tacna (1811), Huánuco (1812) o Cusco (1814), los cuales son contemporáneos con las primeras juntas y propugnaban la soberanía popular y/o la defensa de los preceptos liberales gaditanos. Además, hay que tener presente la existencia de redes de corresponsalía con el Alto Perú y el Río de la Plata, hacia donde los virreyes Abascal y Pezuela dirigieron su atención lanzando campañas militares desde nuestro territorio y realizando grandes confiscaciones a nuestra burguesía para tal propósito. Ello también pondría en entredicho la crítica sobre la lealtad de los últimos hacia la causa realista, ya que estuvieron en juego sus intereses respecto del resultado de la campaña bélica.

Sea como fuere, el momento constituyente clave dentro de las primeras etapas del proceso independentista radica en la adhesión del cabildo limeño. Si bien para julio de 1821 ya en el Sur chico, los Andes centrales y en la intendencia de Trujillo se habían realizado declaraciones a favor de la adhesión a la causa patriota, la particularidad de la declaración limeña radica en la característica personal de sus adherentes: la

mayoría ostentaba los títulos de Castilla. En principio, si bien el vacío de poder que había dejado el Ejército Libertador desde su desembarco en Paracas había sido suplido por su sola presencia, como afirmaban las leyes de la guerra³⁹, en el caso de Lima, como capital administrativa del virreinato, el gobierno de las provincias libres tuvo que ser reconstruido. Si bien el virrey La Serna se encontraba en el Cusco, este enfocó más su atención en el desarrollo de una campaña militar antes que en el arte de gobernar.

La firma del acta que declaraba la adhesión de la ciudad capital fue un punto de inflexión en el curso de estos eventos. Pese a que la ciudad fue capturada nuevamente por La Serna en 1823, en tal documento se habían creado y asumido los deberes de sostén y defensa de la nueva nación. Más que un documento que da cuenta del estado de cosas, constituye en sí mismo una manifestación de la nueva voluntad de los signatarios por cambiar las bases del poder. En el plano de la semiótica, para las proclamas del inmortal 28 de julio se reemplazó el pendón real por un estandarte según el diseño de la naciente bandera bicolor. Más adelante, el Protector del Perú expediría decretos que regulaban los nuevos blasones que debería utilizar la nobleza patriota y sobre el reemplazo de aquella bandera que ostentaban los edificios públicos.

IV.2. La nueva ciudadanía peruana

Como parte de los cambios semánticos de este proceso, se logró la desvinculación total entre el concepto de «vecino» y

³⁷ Anna Timothy, *La caída del gobierno español en el Perú* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2003).

³⁸ Scarlett O'Phelan Godoy, *El mito de la independencia concedida* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2015).

³⁹ Achille Morin, *Las leyes relativas a la guerra según el derecho de las gentes modernas* (París: Librería general de jurisprudencia Cosse, Marchal y Billard, 1872).

«ciudadano». Debido a que la vecindad se circunscribía necesariamente a un plano de residencia local y a que en el nuevo orden político estaban participando forasteros, a ojos de los vecinos asentados en el Perú con origen ibérico esta relación fue menospreciada dentro del discurso patriota. En cambio, la ciudadanía fue promovida como un nuevo concepto de adhesión social en abstracto: ya no estaba vinculada a la residencia en un territorio; sino al reconocimiento de pertenencia en sentido abstracto a la construcción de una «patria» o «nación»⁴⁰. Esa fue la base para justificar la legitimidad del gobierno y gabinetes sanmartinianos: pese a tener origen en otros lugares de los antiguos dominios españoles, el hecho de que sus intereses converjan en lograr la emancipación del Perú les posibilitaba aspirar a ser ciudadanos (en el sentido político) del mismo. No es de extrañar que, en el clima revolucionario, los nacientes países americanos buscaron promover el trato recíproco de ciudadanía a favor de aquellas personas que simpaticen con la independencia del país cuya ciudadanía se le extiende. Como ejemplo de ello tenemos el Tratado Mosquera-Montegudo (1822), mediante el cual la Gran Colombia y el Perú habilitan la posibilidad de obtener doble ciudadanía para sus respectivos habitantes.

IV.3. La Constitución del Protectorado del Perú

Si bien la memoria rescata las acciones de las armas bolivarianas en Junín y Ayacucho, las principales batallas de San Martín en suelo peruano fueron en el espectro político para sentar las bases de un país inde-

pendiente que recaiga en manos de los peruanos. Para ello, instaló un gobierno en el cual él tomó el título de Protector del Perú. Ello implica el reconocimiento de que, en ese entonces, a pesar de ya haberse declarado la independencia política, no había un plan sobre la forma del Estado ni sobre el ejercicio del gobierno. Era necesario, entonces, justificar la intromisión de un nuevo poder por una parte y la continuidad de la sociedad peruana por la otra.

En un primer momento, en febrero de 1821, desde su cuartel de Huaura, se manifiesta en el decreto del 12 de dicho mes señalando que, a pesar del curso de la campaña, no es adecuado dejar a la sociedad en la incertidumbre y sin autoridades que velen por la protección de los derechos particulares. Para entonces, ya se habían desarrollado los combates de Palpa, Acarí y de Cerro de Pasco. Además, el marqués de Torre Tagle, intendente de Trujillo, había promovido la adhesión de los partidos del Norte. Más allá de la ventaja estratégica que ello haya significado para Álvarez de Arenales, ¿en qué posición quedaban las autoridades del cabildo?, ¿a quién debían dar cuenta los oídos que se encontraban en territorio patriota? Para estas cuestiones fue que el Reglamento Provisional manifestó que los procesos judiciales y administrativos siguieran su curso aplicando la legislación vigente, siempre que esta no sea contraria al objeto del proceso emancipador. Además, organizó la competencia de las autoridades dentro del territorio comprendido en los partidos hasta entonces liberados.

Las reformas sanmartinianas pudieron tomar forma una vez que se sumó el apoyo

⁴⁰ F. Núñez, *op. cit.*

de la capital del virreinato. Si bien estaban pensadas como medidas de un gobierno transitorio, las reformas del Protectorado establecido a partir del decreto del 4 de agosto de 1821 fueron recogidas posteriormente por el Congreso Constituyente de 1823⁴¹. La principal institución reconocida por el Protector del Perú fue el Poder Judicial con sede en la Cámara de Apelaciones de Lima (hoy en día rebautizados como el Poder Judicial y la Corte Suprema, respectivamente). En el Estatuto del 8 de octubre del mismo año se desarrollaron aún más las funciones constitucionales de la Alta Cámara de Apelaciones en cuanto a su funcionamiento dentro del aparato estatal y en la conciliación de los intereses del gobierno, al poder participar en la designación de plazas de los magistrados, en los juicios políticos de los principales funcionarios y en conocer los casos que el Consejo de Estado ponga a su conocimiento.

La creación de una instancia local con supremacía por sobre tribunales y salas inferiores constituye una de las primeras bases de la soberanía constitucional del Perú. Ramos Núñez⁴² rescata que de esta forma los asuntos con origen local ya no puedan ser conocidos por las instancias metropolitanas ubicadas en la península. La justicia no se ejercerá en adelante en nombre del monarca; sino, como rezan múltiples sentencias actuales: «a nombre de la nación». Así, mientras que en la administración de justicia en el Antiguo Régimen se consideraba a esta como concebida, retenida y delegada por el monarca hacia los jueces; en el nuevo sistema liberal, el origen de esta se centra en la voluntad del legislador materia-

lizada en la ley (y la Constitución), donde el juez se pronuncia exclusivamente sobre el alcance de la norma y por autorización de esta (otorgamiento de jurisdicción por acceso a la carrera judicial).

Finalmente, el Estatuto del 8 de octubre se encargó de temas que también consideraríamos de relevancia constitucional como la organización de las finanzas públicas, el gobierno municipal, las características de la nacionalidad peruana y la primera enunciación de los derechos con los que cuenta todo ciudadano: vida, honor, libertad personal, seguridad, propiedad, inviolabilidad de domicilio y libertad de imprenta.

El enunciado sanmartiniano de los derechos del ciudadano, al igual que la DDHC, repercutió en una nueva concepción sobre el pacto social. Bajo el régimen absolutista, los derechos individuales se encontraban sujetos a los intereses de la paz del rey: cualquier acto individual o colectivo que atente contra el gobierno del monarca era en sí mismo visto como una perturbación a la tranquilidad común. De ese modo, todo acto de rebelión conlleva como respuesta, por ejemplo, el que deba suprimirse colectivamente el secreto de la correspondencia o la libertad de reunión. De ese modo, los conspiradores no podrían propagar sus ideas contra la tranquilidad del rey al grueso de la población. Esto es diametralmente opuesto a la nueva concepción del orden social donde la tranquilidad se hizo pública: ya no se encuentra en la órbita del interés del monarca; sino que la paz es producto de los mayores intereses de toda la población. Con esa política se expidieron los decretos que protegen la inviolabilidad de domicilios (7/8/1821), abolen la pena de azote (16/10/1821) y la pena de horca

⁴¹ Ramos Núñez, *op. cit.*

⁴² *Id.*

(3/1/1822). Anteriormente, estos dos últimos actos eran espectáculos abiertos de escarmiento e intimidación popular por realizar actos contra la paz del rey. Esto también conllevó una reforma de los procedimientos penales y del sistema carcelario por el marqués de Torre Tagle después de la visita general a los centros penitenciarios (23/3/1822).

IV.4. El debate sobre la forma de gobierno

El Perú era un centro de interés estratégico dentro del plan geopolítico de San Martín para la seguridad externa de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Desde 1814, múltiples partidas expedicionarias frustraban el establecimiento de bastiones patriotas en el Alto Perú y dieron fin a la Patria Vieja en Chile en un arrebato de reconquista. En ese sentido, le era necesario tener un Perú ajeno al control español. No obstante, tampoco era su voluntad conquistar el país para sí mismo ni absorber su poder para lograr un mayor plan continental. Si bien asumió el papel de Generalísimo, su personalidad requería que el país quede en manos de los peruanos. Por ello, si bien su posición militar le otorgaba plenos y justificados poderes dictatoriales (en el sentido romano de la institución), reconoció que sus roles ejecutivo y legislativo debían ser materia de debate de los representantes del Perú. En su corto gobierno se dieron los primeros pasos hacia lo que Démélas llama «debates fundacionales»⁴³. Si bien las críticas al gobierno español habían sido denunciadas a través de panfletos y en

la correspondencia privada de los próceres, por primera vez la necesidad de discutir un proyecto de Estado se vio elevada a la palestra pública en la década de 1820.

A pesar de su poder e influencia, San Martín se mantuvo al margen de tal debate. En Miraflores ya había manifestado su interés en el establecimiento de una monarquía constitucional. No obstante, esto no obedecía a sus convicciones personales; sino a una observación al estado de cosas de las nacientes repúblicas sudamericanas y el surgimiento de facciones en las que germinaría la guerra civil. En una comunicación del 6 de enero 1827 dirigida a Tomás Guido, le confesó que Hispanoamérica no contaba aún con bases sólidas para asumir el sistema republicano. La anarquía —temía él— era un precio que pagar para aprender a ser independientes⁴⁴.

Quizás este temor haya sido una consecuencia derivada de las diferentes políticas de asentamiento del Nuevo Mundo comparando a España e Inglaterra. Mientras que a Estados Unidos le fue relativamente fácil concebir una república debido a los explícitos límites de las autoridades coloniales en las *Royal Charters* otorgadas a empresas como Virginia Company (1606) para la fundación de Jamestown (1607) o; a los acuerdos de emigrados, como el ya mencionado Pacto del Mayflower. Por el contrario, para los países latinoamericanos el tránsito al republicanismo fue accidentado debido a la omnipresente guía de los dictados ibéricos. Ya sin instrucciones provenientes de Madrid, los hispanoamericanos debían empezar a trazar sus pro-

⁴³ Marie-Danielle Démélas, *La invención política. Bolivia, Ecuador, Perú en el siglo XIX* (Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos, 2003).

⁴⁴ Enrique de Gandía, *San Martín: su pensamiento político* (Buenos Aires: Pleamar, 1964).

pios pactos. Esta práctica fue novedosa, especialmente para la nobleza intitulada, la cual carecía de la tradición de participar en la construcción o la mejora de sus sociedades, ya que durante tres siglos se había acostumbrado a dirigirse hacia autoridades ajenas a la comunidad, allá, al otro lado del Océano⁴⁵.

IV.4.1. La Sociedad Patriótica como foro de debate

Sea como fuera, el deseo del Generalísimo siempre fue que el pueblo peruano decida por sí mismo sobre el futuro de su nación. En 1820 había manifestado que respetaría todo gobierno que adopte el Perú independiente, cualquiera que fuera su forma⁴⁶. Para promover esta iniciativa, instituyó a la Sociedad Patriótica como el foro para tratar los asuntos de interés nacional. Este era un círculo de libre debate político, económico y científico dentro del plan de construir un nuevo Perú ilustrado. En su sesión inaugural, el 20 de enero de 1822, Bernardo Monteagudo expresó su deseo para que, al igual que las academias británicas y francesas, los trabajos de la Sociedad Patriótica sean fructíferos para el país. La primera pregunta puesta a debate fue sobre cuál sería la forma de gobierno más adaptable para el Estado peruano, considerando su extensión, población y costumbres.

Este primer simposio inició de manera accidentada al reconocerse entre los miembros que la trascendencia de su desarrollo era una carga mucho más grande que la que

podría asumir la organización. Para empear, solo representaría el punto de vista de los líderes de opinión de la ciudad de Lima y no del país en su conjunto. Aún más, solo representaría el parecer personal de los socios sin legitimidad alguna para asentar que estos puedan hablar en nombre del pueblo sobre un tema tan delicado para todos los rincones del país. Por ello, se temía por la conmoción que pudiera crearse y sobre la necesidad de aumentar la inmunidad de opinión de los partícipes. De forma contemporánea, se estaban empezando a cocinar fricciones que desencadenarían una guerra civil en el Río de la Plata a causa de la Liga Federal. Por estas razones, la recomendación del foro fue que tal asunto sea discutido en un Congreso Constituyente. Torre Tagle, en su calidad de supremo delegado, oyó las sugerencias de la Sociedad Patriótica y otorgó las garantías e inmunidad de opinión requeridas por sus miembros, en aras de llevar adelante aquel debate.

El primer debate sobre el futuro político del país no podía ser ajeno a las dos corrientes divergentes del modelo constitucional de gobierno: sea este a través de una monarquía o mediante el establecimiento de la república⁴⁷.

En la primera orilla, José Ignacio Moreno y José Caveró Salazar argumentaron a favor de la monarquía a partir de una construcción en negativo del republicanismo y de la democracia directa. Esto implicó exponer que un pueblo solo se puede gobernar a sí mismo si este se encuentra educado para considerar el rol de sus re-

⁴⁵ Miguel Centeno, *Blood and Debt: War and the Nation-state in Latin America*. (University Park: Penn Stat U. Press, 2002).

⁴⁶ Pons, *op. cit.*

⁴⁷ Jorge G. Paredes, *San Martín, Protector del Perú. Su obra gubernativa* (2006).

presentantes y existen mutuas relaciones que solo son posibles en pequeños territorios, lo cual es una notoria aceptación a las consideraciones de Montesquieu sobre la política y sus variables científicas. Dado que, a su consideración, ello no era el estado de cosas, una monarquía constitucional donde el congresista legisle y el rey gobierne era lo adecuado para la nueva sociedad.

Por el contrario, Manuel Pérez de Tudela y Mariano Arce expusieron a favor del orden republicano basándose en que el patriotismo salvaguarda la aparente falta de ilustración y que ello se ve reflejado en la población indígena que, a pesar de haber sido sujeta a oprobios, siempre había tratado de recuperar o mantener las estructuras del orden social andino. Si bien no formaba parte de la Sociedad Patriótica, José Faustino Sánchez Carrión también participó en los debates, de forma epistolar. Es conocido su fervor por la propagación del republicanismo en estas tierras. Afirmó que un rey, aun sujeto a la Constitución, no necesariamente es garante de los derechos de libertad, seguridad ni de propiedad, que deben ser observados también en la sociedad. Su legado en el debate consistió en reconocer que la construcción de una república es en sí misma una experiencia educativa para la formación de sus ciudadanos; pero que era necesario pasar por tal camino para la mejora de su sociedad. Este discurso central fue el que caló posteriormente en el seno del debate parlamentario de un ya formado Congreso Constituyente en 1822, donde Sánchez Carrión alcanzó una curul para redactar la primera Constitución de nuestra historia.

IV. 4.2. El molde de la primera Constitución

El primer Congreso Constituyente fue convocado el 27 de diciembre de 1821 e instalado el 20 de setiembre de 1822. La Mesa Directiva estuvo conformada por Francisco Xavier de Luna Pizarro (presidente), Manuel Salazar y Baquijano (vicepresidente), José Faustino Sánchez Carrión (primer secretario) y Francisco Javier Mariátegui (segundo secretario). En su mensaje inaugural, Luna Pizarro manifestó que, con la instalación del Congreso, la soberanía reside en la nación, que es representada por esta institución⁴⁸. Ello puede ser considerado como una continuación del mensaje de San Martín en la sesión inaugural del Congreso, quien manifestó que a partir de aquel momento el pueblo reasume el poder supremo que anteriormente él había detentado⁴⁹.

Como antesala a los debates que se encargarían de asentar la forma del Estado independiente, el Congreso estableció las *Bases de la Constitución Política de la República Peruana*. A pesar de la pendencia del mayor y necesario debate parlamentario, este documento estableció los hitos dentro de los cuales se tendría que construir un nuevo Perú. Se promulgó que el nombre de la nación será «República Peruana» (artículo 3), su gobierno y poder residirá en el pueblo (artículos 2, 4 y 8) y se reconoce el principio de la división de poderes (artículos 10, 11, 14 y 17).

⁴⁸ Congreso de la República, «Historia del Congreso de la República», *Museo del Congreso y la Inquisición*.

⁴⁹ *Id.*

En el plano de la ciudadanía, las *Bases* establecieron una cláusula de derechos que recoge las principales demandas para el nuevo régimen (artículo 9): libertad individual, inviolabilidad de propiedad, secreto epistolar, igualdad ante la ley, derecho de petición, protección contra castigos oprobiosos y proscripción del comercio de esclavos. Para garantizar la difusión y protección de estos derechos, el establecimiento de la instrucción pública, la beneficencia y la conmemoración de efemérides cívicas se volvieron una política de Estado (artículos 21, 22 y 23). Con tales consideraciones, se buscaba que el ciudadano se sienta integrado en la abstracción de la nación y participe en ella, ya sea mediante sus obras o en el debate sobre su concepción.

Conclusiones

Hemos podido estudiar la evolución de conceptos que hoy damos por sentados: la necesaria legitimación de los gobiernos, la despersonalización de la justicia con arreglo al derecho y la garantía de una ciudadanía común. Hace 200 años estas ideas fueron, en un sentido literal, revolucionarias por su implicancia en el orden social que desde hacía siglos habían configurado el feudalismo y el absolutismo.

La crisis del antiguo régimen encuentra sus raíces en las mayores demandas y sacrificios que requirieron los principales imperios europeos (Gran Bretaña, España y Francia) para poder combatir en las Américas en el marco de la guerra de los Siete Años. Estas mayores penurias y el mejor entendimiento del mundo a través de la razón y la experiencia propiciaron que los teóricos políticos de la Ilustración reconsideren los cimientos de sus gobiernos y por

qué debería respetarse la autoridad de los gobernantes. Producto de esta nueva corriente de pensamiento, se produjeron las ideas que fueron acogidas por la burguesía y el pueblo llano, quienes buscaron implementar un nuevo estado de cosas para sus sociedades.

Desde hace dos siglos, en Occidente hemos intentado transformar nuestras realidades sociales al buscar explicaciones mundanas sobre el origen de la inequidad y la injusticia a través del rol de los gobiernos. A través del debate sobre su constitución les hemos asignado roles, propósitos y límites. Del mismo modo, si bien ya no consideramos que tengamos deberes individuales hacia un gobernante; en la conformación de las constituciones hemos asumido que tenemos deberes para con la sociedad. El derecho constitucional y la política, como ciencias, se retroalimentan de las variables que se presentan en el transcurso del desarrollo orgánico del Estado y la convivencia ciudadana.

El desarrollo de las constituciones escritas fue el resultado de asumir que la sociedad organizada detenta la plena soberanía sobre las riendas de la nación; sola situación en la que se instituye como poder constituyente. Los proyectos sobre el desarrollo de un país ya no se ejecutan de forma unilateral y sin contrapesos. Hoy en día, tales planes deben convertirse en asuntos de «interés nacional», siempre que el resto del cuerpo político del Estado así lo acepte expresando su voluntad.

El interés e intercambio de las ideas políticas logra la mejor comprensión del funcionamiento del mundo material; además de plantear como reto iusfilosófico la mejor comprensión de las situaciones de inequi-

dad e injusticia que sufren las sociedades y cómo los gobiernos pueden intervenir en estas. La filosofía de la Ilustración desafió el concepto de que vivimos en el mejor de los mundos posibles porque «es el que es» y lo trastocó para ayudarnos a imaginar que, eventualmente, podríamos vivir en, aunque imperfectos, mejores posibilidades de mundos si así lo considerásemos.

Bibliografía

- Barón de Montesquieu (De Secondat, Charles Louis). *El espíritu de las leyes* (trad. Demetrio Castro). Madrid: Akal, 2002.
- Brown, Kendall W. «Guerra, impuestos y reformas financieras: las colonias españolas e inglesas del siglo XVIII». *Histórica*, 39 (2015): 117-150.
- Carbonell, Miguel. «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina», *X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú (2009).
- Carpentier, Elise. «Histoire et actualité constitutionnelles françaises». *Revista Jurídica Piélagus*, 1 (2009): 7-45.
- Centeno, Miguel. *Blood and Debt: War and the Nation-state in Latin America*. University Park: Penn Stat U. Press, 2002.
- Congreso de la República. «Historia del Congreso de la República». *Museo del Congreso y la Inquisición*. <https://bit.ly/35SLSEs>
- Démelas, Marie-Danielle. *La invención política. Bolivia, Ecuador, Perú en el siglo XIX*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos, 2003.
- Dougnac Rodríguez, Antonio. *Manual de historia del derecho indiano*. México: UNAM, 1994.
- Furnish, Dale B. «La “Revisión Judicial” de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos». *Thémis*, 7 (1990): 12-38.
- Gandía, Enrique de. *San Martín: su pensamiento político*. Buenos Aires: Pleamar, 1964.
- García Pelayo, Manuel. «El “status” del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100 (2014): 15-37.
- Grinde Jr., Donald A. «The Iroquois and the Development of American Government». *Historical Reflections / Réflexions Historiques*, 2 (1995): 301-318.
- Gutiérrez Escudero, Antonio. «Juan Pablo Viscardo y su “Carta Dirigida a Los Españoles...”». *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 17 (2007): 323-343.
- Morin, Achille. *Las leyes relativas a la guerra según el derecho de las gentes modernas*. París: Librería general de jurisprudencia Cosse, Marchal y Billard, 1872.
- Núñez, Francisco. «El concepto de vecino/ciudadano en Perú (1750-1850)». *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 17 (2007): 235-253.
- O'Phelan Godoy, Scarlett. *El mito de la independencia concedida*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2015.
- Paredes M. Jorge. *San Martín, Protector del Perú. Su obra gubernativa* (2006). <https://bit.ly/32DYFc5>

Pomareda Muñoz, Diego Alonso. «Los caminos de la nueva Constitución en el Perú: Una propuesta democrática más allá de contextos particulares». *Revista LP Derecho*, 1 (2021): 11-22.

Pons Muzzo, Gustavo. *Las conferencias de Miraflores y de Punchauca y su influencia en la conducción de la Guerra de la Independencia en el Perú*. Lima: Instituto Sanmartiniano del Perú, 1999.

Ramos Núñez, Carlos. «La obra jurídica del Libertador José de San Martín en el Perú». *Cuadernos de Historia*, 21 (2011): 153-190.

Ramos Suyo, Juan Abraham. *Introducción al derecho. Sistemática y ciencia jurídica fundamental*, Lima: San Marcos, 2014.

Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social* (trad. Mario Millares E.). Lima: Ebisa Ediciones, 2020.

Schmitt, Carl. *El Leviatán en la doctrina del Estado*. Azcapotzalco: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

Sisa Pacari, G. Bacacela. «Túpac Amaru dijo volveré y seré millones», *Democracia Abierta*, 31 de mayo de 2017. <https://bit.ly/3scIT0U>

The Trustees of the University of Princeton, *The Papers of Thomas Jefferson*. Princeton, Nueva Jersey, 1958.

Timothy, Anna. *La caída del gobierno español en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2003.

EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: FUNDAMENTO, ACTIVIDAD PROBATORIA Y PROBANZA DE PRETENSIONES RESARCITORIAS

*The contentious-administrative process:
Basis, evidentiary activity and proof of compensation claims*

Autor: Vicente Brayan Villalobos Villalobos*

REVISTA

LP Derecho

Vicente Brayan Villalobos Villalobos

«El proceso contencioso administrativo: Fundamento, actividad probatoria y probanza de pretensiones resarcitorias». *Revista LP Derecho*. 2 (2022): 37-73.

Recibido: 3/10/2021

Aprobado: 3/2/2022

* Agradecimiento a Gabina Villalobos Arias, protectora de mi vida.

Bachiller por la facultad de derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Miembro del Centro de Estudios de Derecho Civil (CEDC) de la misma institución universitaria, y del círculo estudiantil Lex Patria. Expracticante preprofesional de la Zona Registral IX, Sede Lima y de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Correo electrónico: vicentevillalobos2196@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-2384-9771>

Resumen

El autor desarrolla el fundamento de las pretensiones resarcitorias derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y su incidencia en la actividad probatoria dentro del proceso contencioso administrativo. La propuesta metodológica consiste en empezar analizando el fundamento de la acción contencioso administrativa, consagrada en la Constitución Política de 1993 como una garantía de los administrados y como un mecanismo de control jurídico efectuado por el poder jurisdiccional respecto del poder público que ejerce la Administración. Esto servirá de base para entender la lógica del TUO de la Ley 27584, en especial sobre las reglas probatorias, y precisar los medios probatorios idóneos para la acreditación de los daños resarcibles por la Administración.

Palabras clave

Proceso contencioso administrativo, responsabilidad patrimonial de la Administración pública, daños resarcibles, actividad probatoria.

Abstract

The author develops the basis for the compensation claims derived from the patrimonial responsibility of the Public Administration and its incidence in the evidentiary activity of the contentious-administrative process. The methodological proposal consists of starting by analyzing the basis of the contentious administrative action enshrined in the Political Constitution of 1993 as a guarantee of the administered and a legal control mechanism carried out by the juris-

dictional power with respect to the public power held by the Administration. This will serve as the basis for understanding the logic of the TUO of Law 27584, especially on the evidentiary rules, and specify the suitable means of proof for the accreditation of damages compensable by the Administration.

Keywords

Contentious-administrative process, patrimonial responsibility of the Public Administration, compensatory damage, evidentiary activity.

Introducción

En el ejercicio de las actividades de la Administración pública suele ocurrir que los actos administrativos y las actuaciones materiales —sea como resultado de la ejecutividad y ejecutoriedad de un acto previo o, en defecto de este, como ejercicio de una potestad discrecional— afecten desfavorable y arbitrariamente los intereses de los ciudadanos cuyos bienes jurídicos están tutelados por el ordenamiento positivado tanto en la ley como en la Constitución. Frente a esta situación lesiva de derechos, el ciudadano bien puede consentir el acto o la actuación material, ya por la creencia de ser lo correcto, ya por desconocimiento o desidia; o bien puede impugnarlo mediante la acción contencioso administrativa, garantía que le es reconocida por la Constitución Política de 1993, la cual es agotada y concretizada por la legislación de desarrollo constitucional.

En efecto, el artículo 148 de la Constitución señala que «las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción

contencioso-administrativa», de lo cual se infiere que constituye un mecanismo de control judicial de la actividad de la Administración pública en el marco de sus competencias y atribuciones, lo cual es propio del Estado constitucional de derecho en el que vivimos, por cuanto los poderes constituidos ostentan mutuas atribuciones de control con la finalidad de equilibrar y proscribir cualquier ejercicio arbitrario del poder. Así, la labor de control jurídico de las actuaciones administrativas por parte del Poder Judicial se encuentra encauzada procesalmente en el denominado «proceso contencioso administrativo», regulado por el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo 011-2019-JUS.

Los antecedentes históricos, la naturaleza jurídica, la actividad probatoria y el estudio comparado del proceso contencioso administrativo, así como de las pretensiones que a través de él se ventilan, son tópicos que merecen un trabajo muy extenso. Por ello, en esta oportunidad he planteado como objetivo desarrollar un tratamiento genérico de la prueba de los hechos que sustentan las pretensiones resarcitorias de los daños irrogados por la Administración pública en el ejercicio inadecuado de sus funciones¹, no sin antes esbozar algunas

¹ En esta oportunidad no será objeto de estudio la impugnación judicial de las resoluciones administrativas que resuelvan en última instancia los procedimientos administrativos trilaterales originados de un litigio entre dos administrados ante la autoridad competente, por cuanto el juicio de tales actos tiene como materia el comportamiento antijurídico o ilícito del administrado denunciado en sede administrativa. El tema central de este trabajo es la probanza de las pretensiones de resarcimiento a cargo de la Administración pública, derivada de la garantía de la responsabi-

consideraciones teóricas sobre las que reposará el tema medular del presente trabajo. No es conveniente pretender desarrollar un aspecto concreto del proceso contencioso administrativo sin previamente haber explicado en líneas generales algunas categorías vinculadas a esta institución procesal, que es una forma específica de garantía de tutela jurisdiccional efectiva que la Constitución proporciona a los ciudadanos.

Para dichos fines, empezaré explicando el concepto y fundamento del proceso contencioso administrativo para luego adentrarme a la actividad probatoria desplegada en su interior, conforme a los principios y reglas contenidas en el TUO de la Ley 27584, precisando de manera previa algunas nociones sobre la función que actualmente la prueba cumple en el proceso, entendido este concepto en un sentido lato. Una vez desarrollados estos tópicos, me aproximaré a la tutela resarcitoria garantizada por el Estado ante las lesiones producidas por el ejercicio de sus funciones en detrimento de los intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos, eventos que originan la denominada «responsabilidad patrimonial» de la Administración pública. Culminaré con la probanza procesal de los daños resarcibles en estos casos y señalaré los medios probatorios que el accionante ha de utilizar inexorablemente para demostrar la veracidad de su fundamentación fáctica y así conseguir una sentencia estimatoria basada en criterios de justicia material; todo esto sin perjuicio de las circunstancias de cada caso par-

ticular, que exigirán una estrategia procesal personalizada.

I. Sobre el concepto y fundamento del proceso contencioso administrativo

Conviene empezar esbozando una definición sintética de la acción contencioso administrativa desde la teoría general del derecho subjetivo. Al respecto, el jurista italiano Giorgio Pino explica que un derecho subjetivo es un macroderecho (molécula) compuesto por posiciones elementales (átomos) que pueden adoptar la forma de pretensión, libertad, poder e inmunidad. Estas posiciones subjetivas atómicas están estructuradas dentro de un macroderecho en distintos niveles conforme al grado de relación con el interés subyacente en él; así, mientras algunas posiciones elementales tienen una relación directa e inmediata, otras tienen una función instrumental y protectora de las primeras².

De acuerdo con esta teoría, la acción contencioso administrativa es una posición subjetiva, reconocida constitucionalmente, que los ciudadanos ostentan en situaciones de relación con la Administración pública. Esta posición los faculta a impugnar judicialmente las actuaciones derivadas de la función administrativa estatal, concretadas en actos administrativos y en actuaciones materiales, sustentadas o no en ellas, así como a impugnar sus omisiones manifes-

lidad patrimonial que asiste a los administrados, asunto aún oscuro en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, el cual será tratado en un trabajo posterior.

² Para el estudio de los elementos de una teoría de los derechos subjetivos que explique el contenido, la estructura, la tipología y la formulación textual de las normas atributivas de derechos, véase G. Pino, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. (Lima: Zela, 2018), 119-146.

tadas en el silencio administrativo positivo o negativo. Se tiene, por tanto, que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva posee un alcance específico en el artículo 148 de la Constitución, que regula al proceso contencioso administrativo como un instrumento de tutela procesal ante el Poder Judicial para la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados frente al poder de la Administración pública. En otras palabras, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se traduce también en las relaciones regidas por el derecho administrativo, dando lugar al control judicial de las actuaciones de la Administración, a fin de proteger los intereses subyacentes en los derechos subjetivos.

De esta manera, siguiendo la teoría de los derechos subjetivos, es válido concebir la acción contencioso administrativa como una posición subjetiva dentro de la estructura de un derecho subjetivo, por cuanto tiene una relación instrumental y protectora con el interés subyacente en el macro-derecho objeto de amenaza o vulneración por la actividad administrativa del Estado, que bien puede ser la libertad, la salud, la vida, la propiedad, la educación, la seguridad social, la libre iniciativa privada, entre otros derechos, fundamentales o no. Ahora bien, ¿cuál es el grado de relación de esta posición elemental con el interés subyacente en los derechos? O, mejor dicho, ¿en qué nivel de la estructura del derecho se ubica? Pues bien, la acción contencioso administrativa no forma parte del núcleo de los derechos, sino a su perímetro de protección³,

adquiriendo la característica de garantía constitucional de índole jurisdiccional⁴, la cual es regulada por el ordenamiento jurídico a efectos de asegurar a las personas un tipo de tutela jurisdiccional que responda a la naturaleza de la relación jurídica vertical existente entre la Administración y los administrados, así como a la actividad administrativa específica. Esta actividad, a criterio de Ramón Parada, se clasifica tripartitamente en:

[...] la *actividad de limitación o de policía*, que restringe la libertad, los derechos o la actividad de los particulares; la *actividad de fomento o incentivadora*, que estimula a los particulares mediante diversos premios o apoyos para que orienten sus actividades al cumplimiento de determinados fines de interés general; y, por último, la *actividad de prestación o servicio público*, por la que la Administración suministra prestaciones a los particulares⁵ [énfasis agregado].

fican que el Estado estructure mecanismos procesales para brindar tutela jurisdiccional. Bajo esta premisa, se colige que es posible la existencia de auténticos derechos, aunque su eficacia no se obtenga por medio de un proceso judicial. Tal es el caso de los derechos sociales y culturales en su dimensión colectiva, cuya realización efectiva es objeto de las políticas públicas implementadas por el Poder Ejecutivo.

⁴ *Ibid.*, 148-151. En este punto, Giorgio Pino afirma que, aun a falta de instrumentos de garantía jurisdiccional, los derechos subjetivos existen, y —más bien— es su existencia la que exige, por plenitud de regulación, que se instituyan garantías judiciales en tutela de los derechos (relación justificativa entre derechos subjetivos e instrumentos de tutela jurisdiccional).

⁵ Ramón Richard Parada. *Derecho administrativo I. Parte general*. 18.^a edición (Madrid: Marcial Pons, 2012), 338.

³ La explicación es elemental: la existencia de los derechos no depende de la tutela procesal, sino todo lo contrario, son los derechos los que justi-

En el ámbito de estas tres manifestaciones de la actividad administrativa del Estado, pueden producirse amenazas o lesiones a los derechos de los ciudadanos, los cuales, reitero, son susceptibles de tutela jurisdiccional mediante la acción contencioso administrativa consagrada a nivel constitucional y desarrollada en sede legislativa.

Por tanto, para el ejercicio de esta garantía o instrumento de protección, así como para la consecución de sus fines, el ordenamiento jurídico ha diseñado un mecanismo procesal especial de tutela: el proceso contencioso administrativo. Ahora bien, a pesar de la especialidad de este cauce, no es admisible concebirlo como una institución jurídica autónoma de la teoría general del proceso. Esta explica que el proceso debe ser entendido como un método dialéctico, compuesto por los actores que intervienen en él con el propósito de resolver una controversia o dilucidar una incertidumbre de relevancia jurídica mediante una decisión jurisdiccional vinculante y sustentada en la verdad de los fundamentos fácticos descritos por los contendientes.

Explicado de otra manera, en la estructura procesal vamos a encontrar dos posiciones diametralmente contrapuestas (las partes procesales), con dos o más pretensiones también antagónicas. Las partes, luego de realizar una serie de actos regulados por el sistema jurídico procesal, quedarán sometidas a la resolución de un tercero independiente e imparcial: el juez, quien ejerce un poder jurisdiccional limitado por la institución procesal de la competencia (contencioso administrativa, para el objeto de estudio del presente trabajo).

Por consiguiente, si el fundamento y la estructura del proceso contencioso administrativo no difieren de otros procesos en los que se ventilan pretensiones y contradicciones distintas a la revisión jurisdiccional de las actuaciones administrativas del Estado, ¿qué es lo que lo hace diferente? Pues bien, el proceso contencioso administrativo tutela derechos subjetivos e intereses legítimos; esta última situación jurídica de ventaja es lo que lo diferencia de otros procesos.

La dialéctica ordinaria generada en este tipo procesal se compone, de un lado, por toda persona, natural o jurídica, privada o pública que afirme ser titular de una situación jurídica sustantiva amenazada o vulnerada (artículos 13 y 14 del TUO de la Ley 27584, legitimidad para obrar activa) por actuaciones administrativas (acto administrativo o actuación material) o por omisiones administrativas (silencio administrativo positivo y negativo⁶), provenientes de cualquier entidad de la Administración pública —a su vez, pueden integrarse a esta última posición las personas naturales o jurídico-privadas en circunstancias especificadas por la ley⁷—; y, de otro lado, la Adminis-

⁶ La resolución ficta se limitará al silencio positivo y podrá impugnarse a través del proceso contencioso administrativo de nulidad de acto jurídico; por su parte, el silencio negativo no constituye una resolución ficta, pero es impugnable a través del contencioso administrativo. Cabe añadir que el silencio administrativo es explicado por la teoría de las omisiones administrativas, en la que tenemos, además, la inercia administrativa y la suspensión de un servicio público, por mencionar algunas.

⁷ El TUO de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece los siguientes supuestos en los cuales la demanda puede dirigirse contra sujetos particulares:

Artículo 15.- Legitimidad para obrar pasiva
La demanda contencioso administrativa se dirige contra:
[...]

tración, la cual tendrá que soportar la pretensión impugnatoria e indemnizatoria del accionante (artículo 15 del TUO de la Ley 27584).

La primera posición procesal, esto es, la parte demandante, goza de una situación jurídica activa o de ventaja, que implica la titularidad de una facultad o poder atribuidos por el derecho sustantivo y que es oponible a toda actuación del Estado, concretada esta mediante actos administrativos (reales o fictos) o actuaciones materiales; mientras que la segunda posición procesal,

esto es, la parte demandada, soporta una situación jurídica pasiva o de desventaja, que implica resistir determinada pretensión, es decir, el cumplimiento de un deber en beneficio del interés de quien ostenta la situación ventajosa⁸.

Aunado a lo anterior, el segundo párrafo del artículo 13 del TUO de la Ley 27584 regula el denominado proceso de lesividad, por medio del cual se concede a las entidades de la Administración legitimidad para obrar activa extraordinaria:

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

El proceso de lesividad es un proceso contencioso administrativo peculiar, ya que en este la Administración está legitimada activamente para impugnar una actuación propia en mérito de un vicio de nulidad (conforme a las causales reguladas en el TUO de la Ley 27444) que afecta al ordenamiento jurídico y el interés público. Es decir, no solo es la inversión de posiciones procesales entre el administrado y la entidad pública, sino que además el sustento de esta legitimidad para obrar ya no es la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino es

4. La entidad administrativa y el particular que participaron en un procedimiento administrativo trilateral.
5. El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 13.
6. La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 13.
7. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado están incluidas en los supuestos previstos precedentemente, según corresponda.

Nótese que estos supuestos originan legitimidad pasiva para obrar en los particulares (persona natural o jurídica) debido a la incidencia directa o indirecta que ejerce la administración pública en sus esferas jurídicas mediante el acto administrativo cuya impugnación los alcance o los habilite para prestar algún servicio público. En el primer caso, la norma concede legitimidad pasiva para obrar a los particulares, dado que el acto administrativo impugnado contiene un mandato que vincula a un administrado, de manera que en sede contencioso administrativa este sujeto ha de tener la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción, al ser una garantía del debido proceso. En el segundo caso, la norma concede legitimidad para obrar pasiva a las personas jurídico-privadas en mérito a un título habilitante que convierte su actividad económica en una de naturaleza administrativa, como la prestación de servicios públicos en beneficio de la ciudadanía.

⁸ G. Priori Posada, *El proceso y la tutela de los derechos*. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016), 59-61.

el control de legalidad y la defensa del interés público frente a un acto administrativo que favoreció, sea otorgando un derecho o estableciendo una ventaja, a un administrado, pero que, a pesar de ser incompatible con el ordenamiento jurídico, vulnerando derechos fundamentales y lesionando el interés público, no puede ser anulado de oficio en ejercicio de la autotutela administrativa, debido al vencimiento del plazo prescrito en el inciso 213.3 del TUO de la Ley 27444 para ejercer dicha potestad⁹. En razón de cómo opera, Huapaya Tapia considera a este proceso como de carácter subsidiario con respecto a la potestad de autotutela administrativa declarativa¹⁰.

Sobre este tema, Morón Urbina explica que, a través del proceso de lesividad, «se intenta que perviva la potestad anulatoria de oficio de la administración, pero garantizando al ciudadano que la alegación de nulidad sea apreciada por un tercero imparcial y no decidido unilateralmente por la autoridad ejecutiva»¹¹. En síntesis, se busca proteger el interés público y controlar la legalidad del acto, garantizando a su vez el derecho de defensa del administrado en cuyo beneficio se emitió el acto administrativo nulo.

⁹ TUO de la Ley 27444

Artículo 213.- Nulidad de oficio

[...]

213.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10.

¹⁰ R. Huapaya Tapia, *El proceso contencioso-administrativo*. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019), 74.

¹¹ J. C. Morón Urbina, «El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano». *Ius et Veritas*, 24 (51), 2015, 227.

En suma, la dimensión teleológica del proceso contencioso administrativo consiste en brindar un instrumento de protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y, excepcionalmente, del ordenamiento jurídico y el interés público mediante el proceso de lesividad. Así, el objeto del proceso contencioso administrativo es efectivizar el control jurídico a cargo del Poder Judicial sobre las diversas actuaciones que efectúa la Administración pública en el ejercicio de sus competencias y atribuciones, con un grado de especialización exigido por las distintas ramas del derecho administrativo. Dicho de otro modo, mediante este proceso se busca velar por la adecuación de las actividades administrativas —que no siempre son regladas, sino también, en muchas ocasiones, ampliamente discrecionales— a los parámetros jurídicos de legalidad y constitucionalidad, con el fin de limitar el ejercicio del poder.

La discrecionalidad es un poder de la Administración que consiste en dotarla de un amplio margen de actuación para ejercer sus potestades públicas conforme a la conveniencia de las situaciones coyunturales no siempre previsibles por la normativa. Sin embargo, si la Administración se excede o desvía en el ejercicio del poder, desaparece la discrecionalidad, dando paso al desvío o abuso del poder, el cual ha de ser controlado por *otro* poder del Estado. De aquí que, la acción contencioso administrativa, además de ser una posición subjetiva de los ciudadanos, es una potestad pública, tal como lo consagra el artículo 148 de la Constitución. Según este precepto, es atribución del Poder Judicial conocer las pretensiones de impugnación de las resoluciones administrativas que causan estado.

Dicha función ha de entenderse no como una simple revisión judicial de legalidad de las actuaciones administrativas, pues además exige la verificación del respeto de los derechos fundamentales en todas las manifestaciones de la actividad administrativa del Estado, concretadas —como ya lo he mencionado varias veces— en actos administrativos, actuaciones materiales fundadas o no en actos previos, y en la contratación administrativa (siempre que por ley no se haya impuesto someter la controversia a arbitraje o conciliación, tal como sucede en la legislación vigente de contrataciones con el Estado). A partir de la comprensión de esta finalidad, la tutela urgente de la acción de amparo resulta un complemento de la tutela ordinaria en la vía del proceso contencioso administrativo, no su sustituto. Como podrá advertirse de lo desarrollado, la finalidad de los mecanismos procesales complementarios es garantizar el principio-derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de los intereses jurídicamente protegidos de las personas¹².

A manera de síntesis, Chanamé Orbe acierta al afirmar que el aspecto teleológico de la acción contencioso administrativa es «evitar el abuso de poder de los funcionarios públicos, permitiéndose de esta manera a los magistrados revisar sus decisiones»¹³. En esa misma línea argumentativa constitucional se encuentra Huapaya Tapia, para quien la acción contencioso administrativa se sustenta en el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*, por su origen en el presidencialismo norteamericano) y el

principio de separación de poderes, propios de los Estados republicanos y democráticos, y del vigente Estado constitucional de derecho¹⁴.

En efecto, una de las consignas del Estado constitucional de derecho, en tanto modelo que corrige los abusos y perfecciona los fundamentos del ya superado Estado legal de derecho, es la de no permitir que haya un ámbito exento de control de legalidad y constitucionalidad del ejercicio del poder de los poderes constituidos y demás organismos que estructuran el Estado. En consecuencia, para efectos de la revisión de los actos administrativos, actuaciones materiales y contrataciones administrativas, le ha sido confiada al Poder Judicial dicha labor, por cuanto la potestad jurisdiccional faculta a los órganos que la integran a controlar el poder público sobre la base de parámetros jurídicos. En este mismo sentido se pronuncia Huapaya Tapia cuando señala que son tres los fines del proceso contencioso administrativo: i) afirmar la vigencia del principio de juridicidad o legalidad de la Administración pública; ii) afirmar la vigencia de los derechos fundamentales; y iii) garantizar la tutela jurisdiccional efectiva¹⁵.

Aunado a ello, es menester precisar que la revisión de tales actos de poder público no discrimina el nivel del organismo que las emitió, aunque provenga de la más alta jerarquía gubernamental. En ese sentido lo tiene resuelto el Tribunal Constitucional cuando argumenta que «la norma suprema [la Constitución] no hace dis-

¹² J. Monroy Palacios, *La tutela procesal de los derechos* (Lima: Palestra, 2004), 60.

¹³ R. Chanamé Orbe, *La Constitución comentada*. 9.^a edición. Volumen 2. (Lima: Legales Ediciones, 2015), 1005.

¹⁴ R. Huapaya Tapia. *El proceso contencioso-administrativo*, op. cit., 31.

¹⁵ *Ibid.*, 32.

tinción entre resoluciones administrativas del Gobierno Central, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, pues dicho precepto constitucional abarca a toda la Administración Pública»¹⁶. Esto es así debido a que, si bien los tres poderes históricos constituidos tienen atribuciones prevalentes (ejecutiva, legislativa o jurisdiccional), en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, ostentan a su vez funciones compartidas en menor grado.

De este modo lo ha explicado Rubio Correa, quien señala que en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como en los tres niveles de gobierno, se realizan funciones administrativas, aunque sin alcanzar el grado de función preponderante¹⁷. Son las manifestaciones de estas funciones (los actos administrativos, los contratos administrativos y las actuaciones materiales sustentadas en ellos o no) las que pueden ser impugnadas mediante el proceso contencioso administrativo una vez agotada la vía administrativa, con las salvedades contempladas en el artículo 20 del TUO de la Ley 27584, supuestos en que los administrados están facultados para accionar sin necesidad de agotar las instancias administrativas.

II. Sobre la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo

Una parte medular del proceso, y del contencioso administrativo en concreto, la constituye la actividad probatoria, entendida como la etapa procesal regulada por

principios y reglas orientadas a garantizar a las partes el ejercicio del derecho fundamental a la demostración de los hechos que sustentan sus pretensiones y contradicciones. Estas son formuladas con el propósito de obtener amparo del órgano jurisdiccional que ha de emitir una sentencia que, según lo prescrito en el artículo 40 del TUO de la Ley 27584, resuelva las pretensiones de nulidad, total o parcial, o de ineficacia del acto administrativo impugnado; de restablecimiento o restitución de una situación jurídica individualizada con las medidas idóneas y necesarias para tal fin; de cesación de la actuación material y la adopción de las medidas conducentes para la efectivización de dicho mandato; de ejecución de determinada actuación a la que está obligada la Administración en un plazo específico; y, de ser el caso, de resarcimiento de los daños irrogados como consecuencia de las funciones administrativas del Estado.

En esta línea, es menester precisar algunas nociones básicas sobre la prueba para luego aterrizar específicamente en el régimen probatorio contenido en el TUO de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, que dota de contenido y operatividad a la actividad probatoria de las partes procesales y del juez en el ejercicio de sus poderes probatorios.

II.1. Nociones generales sobre la prueba aplicables a este proceso

Existe una amplia literatura jurídico-procesal sobre lo que se entiende por prueba en el proceso, desde su faz como derecho fundamental, positivado en la norma suprema y en instrumentos internacionales, hasta su aspecto técnico vinculado a la metodología empleada para confirmar un hecho acaeci-

¹⁶ STC recaída en el Expediente 00026-2004-AI, fundamento jurídico 4.

¹⁷ M. Rubio Correa, *El sistema jurídico. (Introducción al derecho)*. 2.^a edición. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1985), 121-122.

do en la realidad. Por nuestra parte, diremos que los medios probatorios (en los términos utilizados en la legislación procesal) tienen como objeto la confirmación de la hipótesis fáctica que sustenta la pretensión contenida en una demanda.

La prueba concebida de esa manera está indisolublemente vinculada no al sistema jurídico formal, sino a la realidad misma en la que acontecen los fenómenos humanos y naturales que fundamentan la pretensión procesal, puesto que son determinantes para la estimación (o no) de la sentencia. Por ello, la finalidad de la confirmación probatoria siempre ha de ser un hecho susceptible de ser confirmado. Convenimos, por tanto, con el jurista argentino Alvarado Velloso cuando afirma que está fuera del campo confirmatorio todo aquello que sea *ley* en sentido formal, pues esta se supone conocida por todos sin admitir prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*)¹⁸.

Ahora bien, conviene ir en contra de la corriente tradicional, subsistente en buena parte de la doctrina y jurisprudencia procesal, según la cual los medios probatorios tienen como finalidad lograr la convicción del juzgador de los hechos alegados por las partes. Si bien se advierte, en efecto, que el juez es un árbitro al que hay que convencer sobre la veracidad de nuestras premisas fácticas a efectos de lograr un mandato de ejecución de la consecuencia jurídica des-

crita en la disposición normativa pertinente, esto va más allá: el juez es un operador jurídico premunido de potestad para administrar justicia a nombre de la nación, que es la titular del poder soberano. Así, su deber y compromiso es para con la justicia alcanzada solamente a través de la verdad, y no exclusivamente para con las partes litigantes. El juez, por tanto, ha de preocuparse por la determinación y eficacia del derecho —que no admite falsedades—, sin menoscabar la justicia¹⁹.

En tal sentido, nos acogemos a la doctrina procesal que esgrime un entendimiento distinto sobre la finalidad de los medios probatorios, que es la función epistémica de la prueba derivada de la concepción del proceso como un sistema de conocimiento²⁰; es decir, como un instrumento para el conocimiento de la realidad extraprocesal a la que el juzgador ha de dirigirse para confirmar la ocurrencia de la *fattispecie* ('supuesto de hecho') de la disposición normativa y así ordenar la efectivización de la consecuencia jurídica prevista en el derecho sustantivo y pretendida en la demanda. Se trata, entonces, como diría Michele Taruffo, de una «verdad por correspondencia»; en otras palabras, «que una descripción fáctica es verdadera si se

¹⁸ El jurista argentino precisa que las *leyes en sentido material* sí son susceptibles de ser confirmadas procesalmente; por ejemplo, las resoluciones no publicadas en el diario oficial, la ley extranjera, los convenios colectivos de trabajo, los usos y costumbres, u otras fuentes normativas análogas. Cfr. A. Alvarado Velloso, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. (Lima: A & C Ediciones, 2018), 635.

¹⁹ L. Alfaro Valverde, «Aproximación a la dimensión epistémica de los poderes probatorios del juez». En G. Priori Posada (coord.), *La prueba en el proceso. Libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. (Lima: Palestra, 2018), 435-437.

²⁰ Sobre el giro metodológico en el modo de analizar la prueba en el proceso, la superación del antagonismo tradicional entre los modelos procesales adversarial-inquisitorial y la concepción de la función epistémica de las categorías del derecho probatorio y de los sujetos procesales, véase L. Alfaro Valverde, «Aproximación a la dimensión epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, 442-455.

corresponde con la realidad del hecho que describe»²¹.

La elucubración teórica del jurista italiano, con la que convenimos íntegramente, se basa en que la verdad por correspondencia parte de la premisa de que el hecho no se integra al proceso como una realidad material, sino mediante narraciones que los intervinientes en el proceso hacen de él valiéndose de las facultades procesales que el sistema jurídico les reconoce. Por consiguiente, nos dice Taruffo que «la verdad debe ser concebida en el proceso no como una suerte de entidad metafísica, sino más bien como posible cualidad de descripciones fácticas, es el enunciado que describe el hecho el que será verdadero o falso»²².

Por tanto, los medios probatorios sirven de instrumento para lograr tal correspondencia entre la hipótesis fáctica narrada por los sujetos procesales y la realidad material del hecho que se describe. La razón elemental de esto es que la justicia excluye todo lo contrario a la verdad, es incompatible con todo elemento falso y fraudulento sobre el que se pretenda basar una motivación judicial. Diremos, en consecuencia, que una sentencia será materialmente justa sí y solo sí se respalda en premisas fácticas cuya veracidad ha sido debidamente corroborada.

II. 2. Régimen probatorio diseñado en el Texto Único Ordenado de la Ley 27584

El proceso contencioso administrativo inicialmente estaba regulado en el subcapítulo

6 del capítulo II del título II del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), en los artículos 540 a 545, bajo la denominación de «impugnación de acto o resolución administrativa». No obstante, debido a su naturaleza, finalidad y especialidad, fue derogado por el inciso 1 de la primera disposición complementaria derogatoria de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, publicada el 7 de diciembre de 2001 y vigente desde el 15 de abril de 2002. Esta ley, en cuanto se refiere al régimen probatorio, restringía la actividad probatoria de las partes de modo tal que no se les garantizaba una tutela jurisdiccional efectiva, pues constreñía la probanza de las alegaciones fácticas a lo ya actuado en sede administrativa, por lo que no era propiamente una vía satisfactoria de control de la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones administrativas, sino solo una mera revisión judicial cuya cognición se limitaba al contenido del expediente administrativo.

La actividad probatoria, en el texto primigenio de la Ley 27584, era regulada por cuatro reglas, a saber: i) dicha actuación se circunscribía a los actos realizados en el procedimiento administrativo, proscribiéndose la probanza de nuevos hechos o de hechos no alegados en sede administrativa; ii) los medios probatorios se ofrecían en la etapa postulatoria del proceso, con la única salvedad de que los elementos de prueba se encuentren en poder de la Administración pública emisora del acto administrativo o ejecutora de la actuación material, en cuyo caso el juez disponía las medidas necesarias para su incorporación; iii) el juez ya ostentaba el poder probatorio de oficio, que hasta ahora se mantiene; y iv) la Administración tenía la obligación de incorpo-

²¹ M. Taruffo, «Verdad y prueba en el proceso». En G. Priori Posada (coord.), *La prueba en el proceso*, op. cit., 18.

²² M. Taruffo, *Hacia la decisión justa*. (Lima: Zela, 2020), 189.

rar los documentos e informes al proceso, bajo los apremios de ley, regla que también se conserva hasta hoy a tenor de la norma prescriptiva contenida en el artículo 33 del TUO de la Ley 27584²³.

La modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1067, publicado el 28 de junio de 2008, trajo consigo dos grandes novedades con respecto a la libertad probatoria de las partes: i) se faculta alegar y probar hechos nuevos propios e impropios, siendo los primeros los sucesos acaecidos con posterioridad a la preclusión de la etapa postulatoria, mientras que los segundos son los sucesos acaecidos con anterioridad a la etapa postulatoria, pero conocidos con posterioridad a la preclusión de esta; y ii) se faculta a alegar y probar todos los hechos necesarios para fundamentar fácticamente las pretensiones de resarcimiento, incluyendo los sucesos que no constan en el expediente administrativo. Ambas modificatorias supusieron la maximización del espectro de hechos susceptibles de ser probados y, en particular, de la posibilidad de prosperidad de las pretensiones resarcitorias; es decir, el proceso contencioso administrativo recibió la influencia de los postulados del garantismo procesal.

Por otro lado, es cierto que la Ley 27584, antes de la modificatoria, ya regulaba eficazmente las pretensiones de nulidad e ineficacia de los actos administrativos, ya que, al ser impugnaciones que denuncian infracción a los principios y reglas que configuran el debido procedimiento administrativo (cumplimiento de los requisitos de

forma y de fondo para la validez y eficacia del acto administrativo), bastaba con que el órgano jurisdiccional se remitiese a lo actuado en sede administrativa para pronunciarse sobre dicha cuestión. Sin embargo, ciertas pretensiones, como las de carácter resarcitorio, quedaban desamparadas, y casi improbadas, debido al bajo nivel de cognición de los daños resarcibles, fuesen patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) o extrapatrimoniales (daño moral y daño a la persona), por cuanto la libertad probatoria de las partes sobre esta materia estaba restringida. La probanza de estos daños resarcibles irrogados por la Administración pública será abordada más adelante.

En cuanto a la denominada «carga de la prueba», el artículo 32 del TUO de la Ley 27584, en principio, establece que ella corresponde a quien alega hechos que sustentan su pretensión o contestación, que es la regla tradicional de distribución de la actividad probatoria entre las partes. No obstante, la norma también señala que cuando la actuación administrativa consiste en la imposición de sanciones o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones para acreditar los hechos, la carga probatoria corresponde a esta, de modo que en tales supuestos es obligación de la Administración probar los hechos que motivaron el establecimiento de las situaciones jurídicas de desventaja al administrado. Esto, como es natural, supone una inversión de la carga procesal (teoría de las cargas dinámicas) fundada en: i) la asimetría informativa entre la Administración y los administrados; ii) la proscripción de imposición a estos con cargas irrazonables; y iii) el principio de presunción de licitud que gozan los administrados con-

²³ Cfr. C. E. Rojas Peralta, «Breves consideraciones sobre la prueba en el proceso contencioso administrativo peruano». *Revista Electrónica del Trabajador Judicial* (2009).

forme al inciso 9 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444²⁴, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), derivada de la garantía de la presunción de inocencia consagrada en el literal e) del inciso 23 del artículo 2 de la Constitución²⁵.

Sobre el tercer punto resulta suficiente manifestar que la presunción de licitud es una garantía constitucional que asiste al administrado para limitar la potestad sancionadora del Estado. Esta garantía cobra mayor fuerza garantista en el procedimiento administrativo sancionador, al ser este el cauce formal que la Administración instaura para dar validez al acto administrativo que impone una sanción y/o medidas correctivas o complementarias, y despliega su efecto protector incluso en el proceso contencioso administrativo. De esta manera, la entidad administrativa tendrá que replicar y justificar en sede jurisdiccional lo que en sede administrativa debió determinar en estricto respeto de las garantías del debido procedimiento administrativo y sobre la base de evidencia suficiente para derrotar tal presunción: la responsabilidad administrativa. En consecuencia, la relativa parcialidad en el ejerci-

cio de la potestad sancionadora estatal²⁶, en tanto procedimiento administrativo bilateral, encuentra su contrapeso en el proceso contencioso administrativo, de naturaleza trilateral o dialéctica.

Sobre los dos primeros puntos es necesario ahondar un poco más. En el derecho procesal, la inversión de la carga probatoria es un mecanismo correctivo de la asimetría informativa existente en la sociedad. Es empleado en distintas ramas jurídicas con incidencia de relaciones desequilibradas de poder; por ejemplo, en el ámbito del derecho procesal constitucional, el Tribunal Constitucional tiene resuelto que en un proceso de *habeas data* no se puede obligar al ciudadano a especificar, puntual y concretamente, qué documentos son los que solicita cuando de por medio exista asimetría informativa, motivo por el cual es la entidad administrativa la que está en capacidad (y obligación) de disgregar la información requerida²⁷. Otro ejemplo son las normas de protección al consumidor que tienden a corregir las fallas del mercado mediante, entre otros mecanismos, la reducción de la asime-

²⁴ Artículo 24848.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

9. Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

²⁵ P. Saavedra Romo, «La prueba en el proceso contencioso administrativo en el Perú». *IPEF Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, (77), 2018, 131-132.

²⁶ Y digo «relativa» porque la bilateralidad del procedimiento administrativo sancionador es, de alguna manera, limitada por el principio del debido procedimiento, positivado en el inciso 2 del artículo 248 del TUO de la LPAG, según el cual los procedimientos que encaucen la potestad sancionadora estatal deben separar la fase instructora de la resolutoria, encomendándolas a autoridades y órganos distintos. Sin embargo, tanto el órgano instructor como el resolutor pertenecen a la estructura organizacional de la entidad pública, es decir, son órganos de la Administración pública, de modo que el segundo de ellos suele no actuar en la práctica como un tercero imparcial e independiente del primero. Por ese motivo, las resoluciones de sanción son susceptibles de ser controladas jurisdiccionalmente mediante el proceso contencioso administrativo.

²⁷ STC recaída en el Expediente 158-2016-PHD, fundamento jurídico 4.

tría informativa sobre la idoneidad de los productos y servicios ofertados, así como del origen empresarial de los proveedores. Estas consideraciones llevan a concluir que la mitigación de la asimetría afirmativa es una política de Estado, por lo que el ordenamiento jurídico contiene instrumentos adecuados para tal fin, entre los cuales está la inversión de la carga probatoria en el ámbito del derecho procesal.

Ahora bien, sobre este punto debo hacer una precisión conceptual. Contrariamente a lo que se suele creer en la comunidad jurídica no familiarizada con el desarrollo de la doctrina procesal especializada, la carga de la prueba no constituye una regla de distribución entre las partes sobre la probanza de los hechos, sino más bien es una regla de juicio ante la insuficiencia probatoria de la pretensión o contestación. En otros términos, cuando el órgano jurisdiccional advierte que, luego de la actividad probatoria, determinada pretensión o contestación no ha sido suficientemente probada, deberá aplicar la carga de la prueba en la etapa de juzgamiento sobre la parte que no logró dicho cometido. Distinta es, pues, la *carga de aportación de la prueba*, mediante la cual el legislador reconoce la potestad de las partes procesales para que, conforme a su libertad probatoria, dirijan sus esfuerzos en introducir los medios probatorios que consideren idóneos para el éxito de su estrategia²⁸.

Con respecto a la prueba de oficio, el TUO de la Ley 27584, artículo 31, habilita al órgano jurisdiccional a ordenar oficiosamente, mediante decisión motivada e inimpugnable, la actuación de los medios probatorios que considere pertinentes cuando advierta una situación de insuficiencia probatoria y, consecuentemente, la falta de esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, esta disposición normativa deja varios vacíos, por lo que su interpretación y aplicación debe ser complementada con el artículo 194 del CPC, cuerpo normativo supletorio según lo establecido por la cuarta disposición complementaria Final de la Ley 27584. Este artículo enfatiza el carácter excepcional de la prueba de oficio, motivo por el cual establece límites que el juez debe respetar al ejercerla, a saber: i) la prohibición de subrogación en la carga de aportación de la prueba de las partes; ii) la fuente de la prueba debe haber sido citada por las partes en alguno de sus actos procesales; iii) la garantía del derecho de contradicción previa valoración de la prueba de oficio; y iv) el deber de motivar la resolución que ordena la prueba de oficio, la cual tiene carácter inimpugnable siempre y cuando se ciña a los límites de este artículo. Asimismo, esta disposición establece un límite a los superiores jerárquicos (órgano jurisdiccional de reexamen en apelación y Corte Suprema vía recurso extraordinario de casación), a saber, la prohibición de declarar la nulidad de una sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. Esto refuerza su carácter excepcional y además subraya la discrecionalidad del juzgador para practicarla.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que el contenido de esta institución procesal

²⁸ Sobre esta distinción se ocupó el X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República (24-25). Se llevó a cabo el 18 de octubre de 2018 y la sentencia fue publicada el 24 de setiembre de 2020.

a cargo del juez ha generado cierta controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, pues en la casuística se originó la confusión —en poca medida, por cierto— sobre la naturaleza de su poder, discrecional o de obligación, al punto de que fue objeto de debate en el X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de la República. En este pleno se planteó la tesis que sostiene la pertinencia y utilidad de la prueba de oficio, en tanto coadyuva a la realización de la función epistémica del proceso, pero sin considerarla como una obligación; mientras que la antítesis —minoritaria— sostenía la inconveniencia absoluta de su práctica en tanto sería imposible evitar que el juzgador se subrogara en la carga de aportación de la prueba, la cual corresponde a las partes. Lo cierto es que también hubo discusión en la comunidad académica acerca de la necesidad real de este pleno, ya que —repito— quienes sostenían la inconveniencia de la prueba de oficio fue un sector muy reducido de magistrados y doctrinarios. Sea como fuere, esta dialéctica fue el resultado de la subsistencia a nivel académico de la anacrónica dicotomía entre dos sistemas procesales históricos: inquisitivo y privatístico.

En este punto puede objetarse que el referido pleno casatorio no es de aplicación a la actividad probatoria del proceso contencioso administrativo, ya que, es cierto, no vincula directamente a esta jurisdicción. Sin embargo, debido a la supletoriedad del Código Procesal Civil, lo que incluye las reglas vinculantes estatuidas por los plenos casatorios en tanto constituyen normas adscritas a la ley positiva surgidas de la labor hermenéutica judicial, el juez contencioso administrativo puede recurrir a dicha fuente en caso se halle ante un supuesto no regulado por el TUO de la

Ley 27584. En este mismo sentido lo han dispuesto los jueces supremos en la sentencia de este pleno casatorio:

4.2. Las reglas para el ejercicio de la prueba de oficio:

[...]

Estas reglas bien pueden ser de *aplicación supletoria* a los ordenamientos procesales no penales (*contencioso administrativo*, proceso laboral, proceso constitucional y en asuntos de familia), siempre que sean adecuadas a la búsqueda de la verdad y no sean contrarias a las reglas especiales que las regulan.

Sin perjuicio del principio de especificidad, el cual ordena que un hecho debe ser regulado por una norma cuya especialidad se adecúe mejor a su naturaleza, la iniciativa probatoria judicial en sede contencioso administrativa también es una expresión del poder público y, por tanto, está sujeta a límites que el juez está en la obligación de respetar y exteriorizar en la motivación de la resolución que ordena practicar una prueba de oficio; de lo contrario, subsistiría la duda sobre qué criterios objetivos regiría el estándar de motivación para este caso. Esto quiere decir que, a mi juicio, la amplitud del artículo 31 del TUO de la Ley 27584 debe obtener grados de concreción, lo cuales, al no estar regulados por la ley especial, deben extraerse del ordenamiento civil, siempre que no sean incompatibles con los principios del derecho administrativo.

El principal aporte de este Pleno fue el de «enterrar» en definitiva el tratamiento an-

tagónico entre los sistemas procesales inquisitorial y adversarial a través del modelo funcional del proceso y la función epistémica de la prueba de oficio, postulados adoptados en la mayor parte del derecho procesal comparado. Esta consideración no puede soslayarse al practicar la prueba de oficio bajo el argumento de la especialidad normativa, ya que en todos los procesos puede presentarse la discusión sobre los alcances del poder probatorio del juez. Ahora bien, la determinación de estos alcances debe realizarse conforme a las características particulares de cada tipo procesal; así, cuando se trata del contencioso administrativo, la prueba de oficio estará motivada por el control judicial del poder de la Administración pública.

En buena cuenta, la prueba de oficio en el proceso contencioso administrativo se justifica no solo por la búsqueda de la verdad de los hechos, influenciada por la epistemología —que es el aspecto teleológico de todo método procesal—, sino también en la asimetría natural existente entre la Administración pública y el administrado, que se visibiliza cuando aquella tiende a ejercer arbitrariamente el poder público en detrimento de este y cuando la información relevante suele ser custodiada por ella. Así, el órgano jurisdiccional, ante esta relación desequilibrada, está llamado a garantizar la tutela de los derechos de los administrados mediante el ejercicio del control jurisdiccional de la actuación administrativa impugnada. Para ello se vale de los poderes que el sistema jurídico procesal ha puesto a su disposición, incluidos los de índole probatoria, tal como la prueba de oficio.

III. Sobre la probanza de las pretensiones de resarcimiento dirigidas contra la Administración pública

III.1. Tipos de daños resarcibles conforme al marco general del procedimiento administrativo

La vinculación que tiene la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública con el derecho administrativo y la gestión pública es un asunto complejo. En efecto, la función administrativa del Estado se caracteriza por su alto grado de tecnicidad en la ejecución de las políticas públicas diseñadas e implementadas mediante actos gubernamentales. El Poder Ejecutivo, por tanto, requiere, para la materialización de sus fines, los conocimientos técnicos idóneos para el desarrollo de cada sector encargado a los ministerios, organismos públicos descentralizados y gobiernos regionales y locales. Este tipo de responsabilidad exige un estudio pormenorizado de sus fundamentos y elementos, a partir de lo cual sea posible construir una teoría de la responsabilidad civil autónoma propia del derecho privado²⁹.

Si la responsabilidad patrimonial de la Administración es un asunto que reviste gran complejidad, de igual forma lo será la probanza de las pretensiones resarcitorias de los daños irrogados a los administrados como consecuencia de un acto administrativo o de la actuación material de cada entidad del aparato estatal. Esta complejidad coloca en desventaja a los administrados al momento de cuestionar las actuaciones administrati-

²⁹ Este asunto será materia de una futura publicación.

vas. Dicho en otras palabras, el contenido del acto administrativo y la ejecución de la actuación material revisten criterios técnicos propios del sector al que pertenece la entidad que los emite y ejecuta, lo que dificulta su comprensión por parte de los ciudadanos e, incluso, de los abogados no familiarizados con esta materia.

Antes de adentrarme a la actividad probatoria de las pretensiones de resarcimiento contra la Administración pública, es necesario entender la regulación de la tutela resarcitoria en el proceso contencioso administrativo e identificar qué tipos de daños son resarcibles conforme al régimen general del procedimiento administrativo. El artículo 5 del TUO de la Ley 27584 prescribe que las pretensiones resarcitorias deben ser acumuladas accesoriamente a otras pretensiones, tales como las siguientes: nulidad total o parcial del acto administrativo, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de medidas necesarias para tales fines, la declaración contraria a derecho, el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, y la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada la Administración pública por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme.

De esto se colige que por la vía contencioso administrativa proceden las pretensiones resarcitorias siempre que sean acumuladas accesoriamente. En principio, la demanda de este tipo de tutela mediante pretensión única o principal solo podría obtenerse a través del proceso de conocimiento civil por responsabilidad contractual o extracontractual, lo que trae ciertas desventajas derivadas de la poca familiaridad que el juez

civil pueda tener con el derecho administrativo y, en específico, sobre la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y la normativa —aunque insuficiente— que la regula. Sin embargo, una solución a esta barrera procesal —injustificada, a mi criterio— que permita plantear la pretensión de resarcimiento de forma principal en el proceso contencioso administrativo consiste en acudir a la vía de la reclamación previa ante la propia Administración, en ejercicio del derecho fundamental de petición (artículo 20 de la Constitución, concordado con el artículo 116 del TUO de la Ley 27584), de modo que si esta es denegada, sea por resolución expresa o ficta, procederá su impugnación por la vía del proceso contencioso administrativo.

Otro caso en el que es posible plantear una pretensión resarcitoria, aunque se trata de una relación especial, es el de la legitimidad para obrar que tienen los servidores públicos para pretender una reparación de daños a través del proceso contencioso administrativo, en razón de prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, o de derecho público, caso en el cual será competente el juez especializado de trabajo según el inciso 4 del artículo 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. No obstante, esto presupone la existencia de los vínculos específicos que dicha norma estipula.

Tras haber expresado estas consideraciones de índole procesal, corresponde ahora precisar los tipos de daños resarcibles por la Administración. El inciso 260.5 del artículo 260 del TUO de la LPAG establece que el resarcimiento comprende los daños directos e inmediatos y las demás conse-

cuencias que se deriven de la conducta omisiva o activa de la Administración pública, abarcando de esta manera al daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Si bien estas son categorías propias de la tradición jurídica civilista, por integración de vacíos legales y en aras de ampliar al máximo el ámbito de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sus fundamentos se han extendido transversalmente a numerosas ramas del derecho, entre estas, al derecho administrativo. Por tanto, de la interpretación de la norma que regula el alcance del resarcimiento se determina que en ella subyace el principio general de la justa reparación que conmina al Estado a resarcir a plenitud todos los tipos de daños.

Al respecto, estoy de acuerdo con lo dispuesto por esta norma, ya que una regulación contraria acarrearía una serie de problemas a nivel de probanza, porque no todo daño se vislumbra en forma automática, ni tampoco cesa en un solo acto: ocurren casos en que la afección producida en el administrado emerge tras un tiempo considerable, como sucede con las enfermedades adquiridas por el consumo de un bien contaminado prestado por el Estado, y otros en los que el daño desencadena una serie de consecuencias vinculadas entre sí a raíz del evento dañoso, como sucede con el daño a la persona por discapacidad permanente o en el lucro cesante por la retención municipal, por ejemplo, de mercadería destinada al comercio ambulatorio.

De esta manera, se colige de la norma mencionada que el legislador ha reconocido el principio de reparación integral del daño que la Administración pública deberá garantizar al damnificado. Este principio da

sustento al artículo 1985 del Código Civil, por el cual el resarcimiento comprende las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluidos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, para lo que debe existir un nexo de causalidad entre el evento dañoso y el menoscabo producido. Por tanto, por imperio de esta norma, el juzgador que conozca de alguna pretensión resarcitoria queda conminado a valorar conjuntamente los medios probatorios en aras de corroborar o no la materialización de todos los daños alegados. Ello se condice con el principio de congruencia procesal, que delimita la actuación del juez a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, así como con el principio *iura novit curia*, que habilita al juez a corregir o suplir algún déficit en la fundamentación jurídica de la pretensión.

Conviene formular algunas precisiones conceptuales sobre la tipología de daños elaborada por la doctrina clásica civilista. Por daño emergente se entiende un detrimento patrimonial directo e inmediato al evento dañoso, como sucede, por ejemplo, en la demolición de bienes inmuebles por infracción a los parámetros urbanísticos y edificatorios no subsanables. Por lucro cesante se entiende la pérdida de generación de utilidades como resultado de la actuación dañoso, tal como ocurre en las actuaciones de clausuras definitivas de establecimientos comerciales por no contar, entre otros requisitos, con licencia de funcionamiento. Por daño a la persona se concibe el menoscabo que afecta el aspecto psicosomático de la persona humana y su personalidad, siendo este un caso recurrente en el uso excesivo de la fuerza pública con motivo, por ejemplo, de recuperación de espacios públicos. Por último, concebimos

el daño moral como aquel detrimento que sufre la persona en su dimensión afectiva, emocional y espiritual, es decir, la congoja, la tristeza o la aflicción generada como consecuencia de la actuación administrativa, que puede acompañar de manera accesoria a los tipos de daños anteriores o de manera independiente, como ocurre en la pérdida de vidas humanas por el ejercicio abusivo de la fuerza. Esta clasificación de daños teorizada por el derecho civil ha sido recogida en el inciso 260.5 del artículo 260 del TUO de la LPAG como daños susceptibles de ser resarcidos por la Administración.

Conviene también hacer algunas precisiones sobre la institución de la revocación de los actos administrativos, pues surge la duda sobre si este poder otorgado por ley a la más alta autoridad de la entidad competente puede generar perjuicios en los administrados que deban ser resarcidos. El artículo 214 del TUO de la LPAG prescribe los supuestos de revocación con efectos a futuro, a saber: i) cuando la facultad revocatoria haya sido dispuesta por norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos señalados en ella; ii) cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto cuya permanencia sea indispensable para la subsistencia de la relación jurídica creada; iii) cuando sobrevengan elementos de juicio que favorezcan a los administrados y siempre que no se afecte a terceros; y iv) cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica de los administrados, y siempre que no se afecte desfavorablemente a terceros.

El artículo 216 del TUO de la LPAG establece el carácter resarcible de los perjuicios

económicos producidos por la revocación del acto administrativo. De ello se deduce que el supuesto recurrente en que la revocación genera perjuicios económicos es el segundo de los previamente señalados; y es que, cuando la entidad competente revoca el acto administrativo que causó estado en el administrado, la relación jurídica creada por ella es destruida juntamente con los derechos reconocidos. Sin embargo, no todo perjuicio o detrimento en el administrado supone un daño resarcible, sino solo aquel que fue producido como consecuencia de una conducta antijurídica, la cual se manifiesta en el ámbito del derecho administrativo a través de la vulneración de los principios y reglas que la Administración pública debe observar en el ejercicio de sus competencias y atribuciones.

Como ejemplo del perjuicio económico producido por la revocación de un acto administrativo se tiene un caso que llegó al Tribunal Constitucional³⁰, en el cual un pensionista interpuso una demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) por vulneración de sus derechos fundamentales a la pensión y a la debida motivación de los actos administrativos, tras haberse emitido una resolución que suspendía los pagos de pensión por invalidez sustentada en indicios de falsedad de la documentación e información proporcionadas para el otorgamiento de ese derecho. El máximo intérprete de la Constitución declaró fundada la demanda de amparo por vulneración de los derechos invocados, por cuanto la ONP, en ejercicio de su facultad de control posterior, no cumplió con realizar las diligencias necesarias

³⁰ STC recaída en el Expediente 04599-2011-AA.

para corroborar los indicios de falsedad, contraviniendo de esta manera los principios de verdad material y de presunción de licitud, ambos contemplados en el TUO de la LPAG. Y es que, si bien el artículo 54 del Reglamento del Decreto Ley 19990 establece la facultad de suspender el pago de la pensión reconocida al administrado por la existencia de indicios de falsedad de la documentación presentada, ello no exime a la ONP del deber de motivar adecuadamente el acto administrativo de suspensión en tanto la proscripción de la arbitrariedad es un principio inmanente al Estado constitucional de derecho.

En este caso, el Tribunal Constitucional advirtió que la motivación de dicha suspensión se sustentó en generalidades e indicios no corroborados por elementos de prueba convincentes a pesar de contar con las debidas facultades, esto provocó un daño económico en el pensionista susceptible de ser resarcido en la vía ordinaria. Habría que agregar que, si bien la concretización del derecho fundamental a la seguridad social se da en pagos periódicos de suma de dinero, sea por el Sistema Privado de Pensiones o por el Sistema Nacional de Pensiones, los daños irrogados por la vulneración a tal derecho no se limitan a los de carácter patrimonial, sino que, además, pueden acarrear perjuicios en la persona, en tanto su ejercicio tiene conexión con otros derechos sociales, tales como salud, integridad psicósomática y espiritual, o el derecho a una calidad de vida digna.

Queda un último tema por dilucidar en este tópico, referido a las entidades públicas capaces de generar daños resarcibles, capacidad entendida en clave formal, no material. Para este fin, la pregunta que debe plantearse es

la siguiente: ¿qué entidades componen la Administración pública? La pregunta parece sencilla de responder si consideramos que el artículo I del TUO de la LPAG integra como sujetos aplicables por dicha normativa al Poder Ejecutivo, los ministerios y los organismos públicos adscritos a estos; a los Poderes Legislativo y Judicial; a los gobiernos regionales y locales; a los organismos constitucionalmente autónomos, y las demás entidades, organismos, proyectos especiales y programas estatales cuya actividad se desempeña en virtud de potestades administrativas³¹.

Se advierte que, al carecer de una descripción del alcance de la Administración pública, la ley estatuye un ámbito orgánico de aplicación, de modo que este término «no es sinónimo de estatalidad, porque también está conformada —como apunta Morón Urbina— por personas naturales y jurídicas, de origen privado, que asumen cometidos, o servicios públicos por autorización o concesión»³².

Así, la cuestión que surge de inmediato es la siguiente: ¿cómo han de catalogarse los daños provocados por personas jurídico-privadas que prestan servicios públicos o desempeñan funciones administrativas?, ¿bajo qué régimen jurídico debe determinarse el deber de resarcir de estos sujetos de derecho privado? En efecto, como anota

³¹ Organismos públicos ejecutores, organismos públicos especializados (reguladores y técnicos especializados), comisiones, programas y proyectos especiales, entidades administradoras de fondos intangibles de la seguridad social, empresas de propiedad del Estado y sistemas administrativos.

³² J. C. Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 (Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS)*. 14.ª edición. (Lima: Gaceta Jurídica, 2019), 30.

Morón Urbina, la significación del término *entidad* utilizada por el TUO de la LPAG para establecer su ámbito de aplicación es de contenido amplio:

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por «entidad» o «entidades» de la Administración Pública:

[...]

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

De esta norma se desprende que, cuando hablemos de «Administración pública», para efectos de este cuerpo normativo y, consecuentemente, para los procedimientos de todas las entidades públicas, habrá que integrar a las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa cuyo sustento es algún título habilitante otorgado por la entidad estatal con competencia para ello. De esta manera, entre tales personas jurídico-privadas —catalogadas como «entidades públicas» para efectos de la referida ley— y los usuarios, hay una relación de consumo que es, por ende, regulada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En este sentido, los usuarios (consumidores) de servicios públicos prestados por empresas privadas (proveedores) están facultados para denunciar ante los organismos pertenecientes al Sistema Nacional

Integrado de Protección del Consumidor cualquier afectación a sus derechos como consumidores, de la cual pueden derivar daños resarcibles. Estos organismos son la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (Indecopi); el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), para la protección a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones; el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerming), para la protección a los usuarios de servicios y productos suministrados por las empresas de los sectores eléctricos e hidrocarburos; el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), para la protección a los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público concesionada; y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), para la protección a los usuarios para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado.

El régimen jurídico aplicable a las empresas estatales es un asunto complejo. No obstante, la doctrina sostiene que están regidas alternativamente por el derecho público y el derecho privado. Están sometidas al derecho privado en lo que respecta a las actividades específicas de su giro y a las relaciones con los ciudadanos, y están sujetas al derecho público en lo que concierne a sus relaciones con la Administración pública; por ejemplo, con los demás niveles de gobierno o la entidad pública propietaria de su patrimonio. La determinación del régimen, por tanto, no es uniforme, pues la consideración de las empresas estatales como entidades públicas dependerá de los fines de una norma específica. Esto se debe a que el Estado ha venido asumiendo formas jurídicas de derecho privado: asociaciones pú-

blico-privadas, régimen laboral privado en el sector público, formas societarias, etcétera³³.

En síntesis, siguiendo a Morón Urbina, en principio una empresa estatal no queda sujeta al TUO de la LPAG, salvo en los siguientes supuestos: i) en sus relaciones con el resto de la Administración pública (por ejemplo, deberes de colaboración administrativa); ii) en aquellos aspectos administrativizados de su actividad, con el objeto de asegurar su homogeneidad entre las personas jurídicas del Estado y no aplicarle reglas del derecho privado que les corresponderían (por ejemplo, contrataciones y adquisiciones, transparencia y acceso a la información, y algunos sistemas administrativos); iii) en la medida que asuman alguna actividad administrativa (por ejemplo, labores de fiscalización de inversión privada, administración de algún registro público); y iv) si han recibido un servicio o función pública, en vía de autorización o concesión, limitadamente a esta actividad, en la misma situación que el inciso siguiente³⁴.

Un ejemplo del cuarto supuesto lo encontramos en el derecho del consumidor. La jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección del Consumidor (SPC) del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha establecido que las personas de derecho público se encuentran sometidas al cumplimiento del Código solo en la medida en que actúen como agentes económicos dentro de relaciones de intercambio de bienes y servicios en términos equiparables a cualquier empresa privada, esto es, dentro de una racionalidad de competencia que busca posicionar

un producto en el mercado captando la preferencia de los consumidores. Bajo este criterio, en el caso de que se cuestione una actuación realizada por una persona jurídico-pública en el ejercicio de sus funciones como organismo público, sin haber actuado en estos supuestos como un agente económico que ofrece sus servicios en el mercado, la denuncia será declarada improcedente³⁵.

III.2. Medios probatorios conducentes a la corroboración de los eventos dañosos

Tras haber precisado los daños que el Estado está obligado a resarcir, la cuestión surgida de manera inmediata es conocer los medios probatorios idóneos para demostrar en sede judicial la veracidad de los hechos narrados en la demanda contencioso administrativa que sirven de fundamento de la pretensión de resarcimiento. La probanza procesal de la tipología de daños descrita en la sección anterior no ha sido regulada por el TUO de la Ley 27584, por lo que, de conformidad con su cuarta disposición complementaria final, he de remitirme supletoriamente al CPC. Dicho cuerpo procesal establece como medios probatorios típicos la declaración de parte y testimonial, los documentos, la pericia, la inspección judicial y los sucedáneos (el indicio y la presunción relativa, absoluta, legal y judicial) y ficción legal.

Debido al objeto litigioso del proceso contencioso administrativo, y en cuanto a la tutela resarcitoria se refiere, los medios pro-

³³ *Ibid.*, 36-37.

³⁴ *Ibid.*, 38.

³⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). *Lineamientos sobre protección al consumidor*. (Lima: Indecopi, 2019), 33.

batorios preponderantemente útiles, conducentes e idóneos son la prueba documental y la pericia, así como los sucedáneos de los medios probatorios. No obstante, esta consideración extraída de la práctica no excluye de manera absoluta la utilización de la declaración de parte y testimonial, ni la inspección judicial; pero lo cierto es que son requeridas en muy menor medida³⁶.

La razón de la idoneidad, utilidad y conducencia de tales medios probatorios en el marco del proceso contencioso administrativo reposa —como ya lo he mencionado— en la tecnicidad y especialidad de los conocimientos que suelen sustentar los actos administrativos y actuaciones materiales de la función administrativa del Poder Ejecutivo, manifestada en actividades policiales, de fomento y prestación de servicios públicos. La alta valuación de tales medios probatorios no es propia del sistema jurídico procesal peruano, sino que también parece ser la regla en sistemas extranjeros. En efecto, Aguado i Cudolà afirma que «en el contencioso-administrativo [mexicano] los medios probatorios más utilizados son el documental y el pericial. Contrariamen-

te, otros medios, como la prueba testifical o el reconocimiento judicial, son menos utilizados»; pero también reconoce que ello dependerá de la conveniencia requerida en cada caso concreto³⁷.

III.2.1. Prueba documental

La prueba documental, según los artículos 233 y 234 del CPC, es todo objeto que sirve para corroborar un hecho; de manera que serán documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, planos, cuadros, fotografías, radiografías, microformas en soporte informático, audio, video, fax, facsímil y demás elementos que representan un hecho, una actividad humana o su resultado. No obstante, el artículo 237 del CPC también diferencia entre el documento y el acto, ya que este puede subsistir, aunque el primero sea declarado nulo.

Como lo he apuntado previamente, antes de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1067 a la Ley 27584, la prueba documental, representada por el expediente administrativo, era el medio probatorio al que debía limitarse el órgano jurisdiccional para resolver la demanda contencioso administrativa. En consecuencia, este tipo de proceso no era más que una simple revisión judicial de lo ya actuado en sede administrativa, aunque esto no enervaba la posibilidad y obligación del administrado de presentar medios probatorios distintos a un expediente administrativo en

³⁶ Es válido pensar que la declaración de parte y la testimonial son medios probatorios útiles para esclarecer los hechos en que se llevaron a cabo determinadas actuaciones materiales de la Administración como resultado (o no) de la ejecutoriedad y ejecutividad de un acto administrativo; sin embargo, quedan relegados debido a su bajo grado de verosimilitud en comparación con las actas administrativas y policiales, las grabaciones filmicas del sistema de seguridad ciudadana o de dispositivos móviles, por mencionar algunos documentos. En todo caso, ambas clases de declaración pueden reforzar las tesis sostenidas respecto de las circunstancias que revistieron los hechos, cuando estos son confusos, imprecisos o subsista alguna duda razonable, siendo necesaria por ello la prueba indiciaria, es decir, encuentran su máxima utilidad al constituirse en prueba periférica de otros medios de mayor eficacia probatoria.

³⁷ Aguado i Cudolà, Vicenç. «La prueba en el proceso contencioso-administrativo: ¿supletoriedad de la legislación procesal civil o necesidad de una regulación específica?». En J. Fernández Ruiz (coord.). *Justicia contenciosa administrativa. Congreso Internacional*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013), 945.

caso de que el objeto de la impugnación fuese una actuación material no sustentada en acto administrativo previo. Esta situación no se hallaba prevista en la ley primigenia.

Con todo, si bien actualmente la actividad probatoria tiene un mayor espectro de herramientas que optimizan la cognición procesal, lo cierto es que la prueba documental no ha perdido su protagonismo. Por esta razón, es imperioso remitirse al artículo 237 del CPC para diferenciar qué constituye prueba documental y qué no lo es según el concepto descrito en esa disposición normativa, así como para evaluar la pretensión de nulidad de un acto administrativo. En efecto, puede darse el caso de que este contenga vicios no trascendentes, supuesto en el que se aplica el principio de conservación del acto, contemplado en el artículo 14 del TUO de la LPAG.

Es necesario precisar la idoneidad de la prueba documental en el proceso contencioso administrativo a partir de algunas normas reguladas en el CPC. Así, el artículo 235 del código adjetivo considera documento público, entre otros, al otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones, así como su copia, siempre que esté certificada por un auxiliar jurisdiccional respectivo o fedatario. Bajo esta consideración, el expediente administrativo tendrá eficacia probatoria siempre que se ofrezca en original o copia fedateada, pues de esta manera se acredita su autenticidad y la existencia de la matriz; de lo contrario, podría ser objeto de nulidad de oficio o mediante tacha fundada, tal como lo prescriben los artículos 243 y 244 del CPC.

Aunado a ello, el procedimiento administrativo debe estar concluido para que tenga

eficacia probatoria, en aplicación del artículo 240 del CPC, según el cual es impropio el ofrecimiento de expedientes administrativos en trámite. Sin embargo, a esta regla cabe añadirle, a manera de complemento, las disposiciones contempladas en el artículo 20 del TUO de la Ley 27584, que establece los supuestos en que es inexistente el agotamiento de la vía administrativa, de los cuales el más ejemplificativo es la pretensión referida al contenido esencial del derecho a la pensión por denegatoria en la primera instancia administrativa. Ciertamente, en este supuesto el expediente administrativo ha concluido en primera instancia, por lo que no podría calificarse como un procedimiento en trámite; no obstante, cabe hacer esta precisión para evitar argumentos en este sentido cuyo único propósito sea dilatar el proceso.

Ahora quisiera detenerme en una cuestión, referida a la asimetría informativa ya explicada en párrafos anteriores. Para equilibrar los poderes probatorios entre la Administración y el administrado, el tercer párrafo del artículo 260 del CPC es de suma utilidad por cuanto prescribe que, si la exhibición solicitada por la parte interesada —el administrado en el proceso contencioso administrativo— está referida a documentos públicos, se solicita dando razón de la dependencia en que está el original y la idea más exacta posible de su interés y contenido; por tanto, esta norma impone una carga adicional a la Administración, debido a que es esta la que posee la documentación idónea para la reconstrucción de los hechos, de modo que el incumplimiento de la exhibición será apreciado por el juez al momento de resolver, conforme al artículo 261 del CPC. De ello se infiere que el juez puede crear una presunción a partir de esta

conducta incompatible con la búsqueda de la verdad de los hechos.

El medio probatorio documental, por tanto, es idóneo para las pretensiones de nulidad, ineficacia o revocación del acto administrativo debido a que, al ser este el resultado de un procedimiento administrativo, será más que necesaria la incorporación del expediente administrativo al proceso contencioso administrativo. Esto sin perjuicio de que el administrado pueda presentar mayor documentación no aportada en la etapa prejudicial, sea por tratarse de hechos nuevos propios e impropios, o bien por la escueta cognición y contradicción que conceden las instancias administrativas, como sucede en el supuesto de revocación del acto administrativo efectuada por la más alta autoridad de la entidad, en la cual los posibles afectados ostentan un plazo no menor de cinco días hábiles para presentar sus alegatos y medios probatorios (inciso 214.1.4 del artículo 214 del TUO de la LPAG).

Cabe subrayar en este punto que la sola declaración de nulidad o ineficacia del acto administrativo no genera automáticamente daños resarcibles por la Administración pública, debido a que —a diferencia de la responsabilidad civil del derecho privado— hay situaciones lesivas que los administrados están obligados a soportar³⁸. La prueba documental, por consiguiente, tiene una eficacia probatoria limitada para determinar la responsabilidad patrimonial en sede contencioso administrativa, de aquí que el legislador haya reformado, median-

te el Decreto Legislativo 1067, la actividad probatoria inicialmente diseñada en la Ley 27584. En este marco, para acreditar daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona —los cuales no siempre se extraen directamente del expediente administrativo en tanto se presume la validez del acto y, con ello, del procedimiento que lo originó, además de que hay daños que los ciudadanos deben soportar— es necesario recurrir a documentos no obrantes en dicho acervo, tales como comprobantes de los pagos que el propio damnificado realizó para la reparación del daño, informes de proyección económica para el cálculo del lucro cesante, informes médicos sobre el estado de salud psicosomática e informes psicológicos sobre el estado emocional de la persona perjudicada, entre otros.

Un último punto sobre este tópico es el referido a la probanza del daño moral. Se ha sostenido, con validez, que este tipo de daño extrapatrimonial debe resarcirse mediante el principio de equidad y que su existencia se desprende de los mismos hechos

Carlos Cassagne postula una idea que distingue el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración de aquel que da origen a la responsabilidad civil del derecho privado (deber genérico de no dañar a otro), en los siguientes términos: «La obligación de reparar tiene como fundamento el *principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño*, desigualdad que requiere una justa restitución que responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. *La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad*, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa» [énfasis agregado]. Véase J. C. Cassagne, *Derecho administrativo*. Tomo 1. 2.^a edición. (Lima: Palestra, 2017), 428.

³⁸ En este sentido, se habla del deber de los administrados de soportar los daños irrogados por la Administración siempre que no supongan una situación de desigualdad. El jurista argentino Juan

(*in re ipsa*). No obstante, en la casuística se ha advertido que los damnificados por un evento dañoso han alegado afecciones emotivas, depresión o estrés, pero que, al momento de presentar un informe psicológico, se observa de sus conclusiones que el padecimiento moral es anterior a la ocurrencia del hecho. Por ello, Campos Bermúdez señala con acierto la necesidad de vincular el derecho de daños con otras disciplinas que otorguen grados de objetividad científica derivada de sus metodologías y técnicas. En este tenor, el autor manifiesta:

Sencillo decir que uno sufrió un daño por tal o cual evento y no probarlo. En muchos casos sí será posible a través de las reglas de la experiencia arribar a una conclusión sobre la presencia del daño, pero al menos la magnitud del mismo podrá ser acreditado con los informes antes aludidos, los cuales justificarían las cifras que se conceden³⁹.

En efecto, una cosa es determinar la existencia del daño moral, que bien puede desprenderse de los mismos hechos, y otra distinta es su magnitud, la cual es un factor que concretiza el principio de equidad y re-

duce el margen de discrecionalidad del juzgador al momento de cuantificar el monto del resarcimiento por el daño. Sucede que, cuando se habla de «reparar» el daño moral, no se hace alusión a restituir el estado de cosas preexistente al evento dañoso, pues esto es materialmente imposible, sino tan solo a mitigar la aflicción padecida por el damnificado, sin que ello suponga un enriquecimiento sin causa.

III.2.2. Prueba pericial

Por otro lado, la prueba pericial es menester cuando los hechos controvertidos requieren de conocimientos técnicos, científicos, artísticos u otros análogos, según lo contemplado en el artículo 262 del CPC. Este medio probatorio es útil en los procesos contencioso administrativos en los que sea materia de controversia una actuación administrativa compleja en cuanto al conocimiento de la ciencia, disciplina o técnica, como efectivamente lo son los actos emitidos por los organismos reguladores y técnicos especializados, tales como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) a través de sus comisiones, salas y oficinas; la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat); el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinerming); el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass) el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Sernanp), la Autoridad Nacional del

³⁹ J. Campos Bermúdez, «La función punitiva del daño moral. El reencuentro entre el derecho privado y el derecho público. Comentarios a la Casación N.º 4716-2016 Lima». En *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*. (Lima: Instituto Pacífico, 2020), 438. Los informes que el autor menciona son aquellos que cumplen los parámetros científicos acreditados internacionalmente por la medicina, como la CIE-10 (Clasificación Internacional de Enfermedades), cuyo capítulo V, código F00-F99, identifica trastornos mentales y del comportamiento tales como trastornos del humor, episodio maniaco, hipomanía, trastorno bipolar, episodio depresivo leve, moderado y recurrente; ciclotimia, distimia, entre otras afecciones (*ibid.*, 436-437).

Agua (ANA); así como los actos emitidos por los órganos y unidades que componen la estructura organizacional de las entidades que conforman los tres niveles de gobierno: municipalidades distritales y provinciales, Gobiernos regionales y ministerios del Poder Ejecutivo y sus organismos públicos descentralizados, entre otras.

Asimismo, la normativa reconoce implícitamente la necesidad de emplear conocimientos técnicos para una adecuada fundamentación de los actos administrativos cuando, en el acápite 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG, faculta a la entidad competente a motivar sus actos remitiéndose a los fundamentos y conclusiones contenidos en informes y dictámenes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de forma indubitable y que, por lo mismo, se constituya en parte integrante del acto administrativo. Como ya lo señalé, estos documentos son elaborados por órganos o unidades orgánicas que conforman la estructura organizacional de la entidad, cuyas competencias y funciones técnicas son precisadas por los respectivos instrumentos de gestión pública, a saber, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y Manual de Organización y Funciones (MOF). Por tal razón, en el proceso contencioso administrativo puede resultar necesaria la concurrencia de un perito a efectos de reexaminar los criterios técnicos contenidos en los informes y dictámenes integrantes del acto administrativo impugnado y de la actuación material, sustentada en acto previo o no.

En este punto es necesario precisar que, si bien hay informes o dictámenes de índole

legal elaborados por las Unidades de Asesoría Jurídica, o por el órgano que haga sus veces, que sustentan el acto administrativo en cuanto a la aplicación o interpretación de las normas jurídicas pertinentes —y para los cuales no cabría prueba pericial—, también los hay de carácter eminentemente técnico o artístico, es decir, documentos en los que se expresa una metodología derivada de las ciencias naturales o exactas. Tal es el caso de los informes y dictámenes grafotécnicos, que dan cuenta de irregularidades en la documentación presentada ante las entidades públicas y que sustentan la nulidad de oficio del acto administrativo que otorgó un derecho, como consecuencia del principio de fiscalización posterior. La impugnación de estos actos administrativos mediante el proceso contencioso administrativo podría dar lugar a una pericia de los documentos presentados por el accionante en sede administrativa a fin de esclarecer los hechos controvertidos⁴⁰. Otro ejemplo sería el de una superposición de predios a nivel catastral cuando alguna entidad pública realice una primera inscripción de dominio conforme a la Ley del General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Ley 29151; y el plano perimétrico-ubicación y la memoria descriptiva, elaborados por ingenieros o arquitectos previo estudio técnico, vislumbren un conflicto sobre la delimitación de áreas y linderos respecto de un predio colindante.

⁴⁰ Esto acontece en materia administrativa previsional cuando la Oficina de Normalización Previsional ordena suspender la percepción de pensiones tras detectar, mediante pericia grafotécnica, la falsedad de los documentos que dieron mérito al otorgamiento del derecho al administrado.

Por otro lado, las entidades públicas facultadas para imponer sanciones o medidas correctivas como resultado de su actividad de control, supervisión y fiscalización, deberán acreditar en el proceso contencioso administrativo los hechos que motivaron tales imposiciones a los administrados, aun cuando ostenten la posición procesal de demandados (inversión de la carga de aportación de la prueba). La razón de ello radica en que la Administración tiene el deber de emplear todos los medios que la ley pone a su disposición para la búsqueda de la verdad material en todos sus procedimientos administrativos, por lo que se encuentra en mejor posición para corroborar los hechos que sirvieron de sustento a los actos administrativos impugnados vía acción contencioso administrativa. Por tanto, resulta razonable que bastará ofrecer al proceso los informes técnicos contenidos en el expediente administrativo para cumplir con la carga probatoria, ya que los autores de su elaboración no pueden ser reputados como peritos (artículo 268 del CPC) debido a su calidad de dependientes de la Administración, lo que les impide garantizar la imparcialidad requerida para la eficacia del medio probatorio pericial en el proceso.

Es recurrente la utilización del medio probatorio pericial en temas de urbanismo, como en la denegatoria de licencia de edificación, conformidad de obra, licencia de habilitación urbana, recepción de obras de saneamiento o declaración de ruina o inhabilitabilidad de vivienda, siendo los ingenieros civiles o los arquitectos los peritos empleados para la elaboración del informe técnico respectivo. Asimismo, la prueba pericial es empleada en asuntos medioambientales, como ocurre en las

denegatorias de concesiones de exploración, explotación, de transporte minero y demás contempladas en el Decreto Legislativo 109, Ley General de Minería, por incumplimiento de parámetros ambientales o de estudios de impacto ambiental, por ejemplo.

III.2.3. Sucédáneos de los medios probatorios

Finalmente, también pueden ser empleados los sucédáneos de los medios probatorios para fundamentar fácticamente las pretensiones de resarcimiento antes precisados, aunque en menor medida, debido a su complejidad y su vocación mediatizadora. La finalidad de los sucédáneos es auxiliar a la idoneidad de los medios probatorios típicos o atípicos, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos. Es decir, los sucédáneos no son especies de los medios probatorios, sino «manifestaciones procesales previstas por la ley o asumidas por el juez para suplir a los medios probatorios y alcanzar la finalidad de estos»⁴¹. En el mismo sentido, el CPC los define como «auxilios» de los medios probatorios, y establece tres tipos: i) el indicio, ii) la presunción y iii) la ficción. Para efectos del proceso contencioso administrativo solo importan los dos primeros, ya que la ficción es la conclusión impuesta como cierta solo por la ley y que es contraria a la naturaleza o realidad de los hechos. Esto escapa de la probanza de los daños resarcibles a cargo de la Administración pública, por cuanto siempre han de ser verificados en la realidad a fin de

⁴¹ P. Donaires Sánchez, «Los sucédáneos de los medios probatorios». En *Compendio Temas de derecho laboral*. (Lima: Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2008) 117.

que el órgano jurisdiccional, mediante el juicio de responsabilidad civil, determine la existencia (o no) de la obligación de resarcir.

Pasemos ahora a definir someramente estos sucedáneos. La prueba indiciaria o indirecta es aquella compuesta entre dos hechos: el primero es suficientemente corroborado con medios probatorios en razón de que es el hecho base (o hecho intermedio), el cual en principio no se desea probar, pero cuya probanza es imprescindible para corroborar el segundo, el hecho desconocido (hecho consecuencia), el cual sí es de interés en el proceso; ambos están conectados por un razonamiento lógico-deductivo que establece una relación causa-efecto (inferencia lógica) para arribar a la certidumbre del hecho desconocido. Así, para la efectividad de esta operación es necesaria la concurrencia de varios indicios (hechos bases), de modo que conlleven razonablemente al juez a arribar indirectamente en la acreditación del hecho que se pretende conocer (hecho consecuencia), el cual es determinante para fundamentar la decisión judicial.

Por otro lado, según el artículo 277 del CPC, la presunción es un razonamiento lógico-crítico que, partiendo de uno o varios hechos referentes, dirigen al juez a la corroboración del hecho investigado. El esquema lógico de la presunción es una implicación condicional representada simbólicamente de esta manera: $p \rightarrow q$ (se lee «si p , entonces q »), en donde p es el hecho referente, plenamente corroborado con los medios probatorios obrantes en el proceso, y q es el hecho investigado, objeto de la premisa fáctica de la motivación judicial. La presunción puede ser legal o judicial, dependiendo de la fuente de la que emane, con la similitud de que ambas se rigen por

la lógica y las máximas de la experiencia, por lo que tanto el juez como el legislador no pueden ir en contra de ellas al momento de crear la presunción.

Ahora bien, como se advierte, la diferencia conceptual entre la presunción y la prueba indiciaria es muy tenue. No obstante, es posible establecer una diferencia entre la prueba indiciaria y la presunción legal en los siguientes términos: la prueba indiciaria se deriva de un razonamiento lógico-deductivo efectuado necesariamente por el órgano jurisdiccional a partir de varios hechos narrados y demostrados por las partes en contienda, que en conjunto adquieren significación suficiente para acreditar el hecho desconocido.

En otras palabras, para practicar la prueba indiciaria, el operador jurisdiccional no parte de un supuesto de hecho preestablecido que lo conduzca a inferir una conclusión, sino, antes bien, cuenta con mayor amplitud cognitiva a partir de un conjunto de circunstancias o rasgos que en cada caso concreto varían en su contenido, cuya valoración conjunta y razonada determina la acreditación del hecho desconocido. En cambio, la presunción legal es un razonamiento lógico-crítico dispuesto por la ley a partir de uno o más hechos indicadores descritos en la hipótesis fáctica de su formulación normativa, es decir, preestablecido normativamente. De esta manera, para que el juez se valga de una presunción legal deberá verificar la ocurrencia únicamente del supuesto de hecho descrito en la disposición normativa, mas no podrá valerse de otros datos fácticos; de lo contrario, se trataría de una presunción judicial. Ejemplo de este tipo de presunción es lo prescrito en el artículo 461 del CPC, según el cual

la declaración judicial de rebeldía genera el efecto de presunción de verdad relativa de los hechos expuestos en la demanda. Nótese que esta presunción (consecuencia jurídica) está condicionada a la declaración de rebeldía, la que a su vez presupone la inacción del demandado para contradecir la demanda (supuesto de hecho), la cual se produce con la falta de contestación dentro del plazo legalmente prescrito según la vía procedimental. En cambio, ejemplo típico de la presunción judicial es la conclusión que el juez formula a partir de la conducta procesal de las partes, como las acciones obstruccionistas o la incoherencia en las declaraciones sobre la ocurrencia de los hechos.

Sin embargo, también es válido establecer una relación de instrumentalidad entre la prueba indiciaria y la presunción judicial en los siguientes términos: para que el operador jurisdiccional logre extraer una presunción es necesaria la concurrencia de indicios corroborados en el proceso y sometidos a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Debido a que aquí el juez crea la presunción, ella siempre ha de ser relativa, lo que significa que admite prueba en contrario, a diferencia de la presunción legal, que también puede ser absoluta al no permitir examen de certidumbre, como el conocimiento que se presume del contenido de los asientos registrales.

Con todo, la prueba indiciaria es empleada por la Administración pública para acreditar los hechos que motivaron las sanciones administrativas. Ello supone que este mismo razonamiento puede ser replicado en sede contencioso administrativa ante la eventual impugnación de la resolución de sanción. Por ejemplo, este sucedáneo fue útil para la emisión de la Resolución de

Consejo Directivo 055-2015 del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), mediante la que se aprobaron dos criterios dictados por el Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) para la utilización de la prueba indiciaria en los casos en que se busque determinar el real estrato de los administrados que realizan actividades mineras, a saber: i) la existencia de un hecho base plenamente corroborado, de un hecho consecuencia y un enlace o razonamiento deductivo; y ii) la exteriorización de este razonamiento en la resolución directoral correspondiente a efectos de cumplir con el deber de motivación de los actos administrativos (fundamento jurídico 83).

Ahora bien, en esta resolución, la prueba indiciaria fue practicada por el OEFA para motivar la sanción contra un administrado por contravención de normas de protección ambiental. Sin embargo, también es posible una dialéctica a la inversa, esto es, que sean los administrados quienes fundamenten fácticamente una pretensión dirigida contra la Administración pública mediante la prueba indiciaria o indirecta. Esto es recurrente en los casos de trasgresiones a normas de protección a los derechos del consumidor por actos de discriminación. Así, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, regula la actividad probatoria de este tipo de vulneraciones adoptando la teoría de las cargas dinámicas que, como ya lo he explicado en párrafos anteriores, consiste en atribuir la carga de aportación de la prueba a quien esté en mejor posición de demostrar los hechos por haber estado la actividad bajo su control, por custodiar la información pertinente o tener mayor facilidad de acceso a ella, o por tener el conocimiento técnico necesario para el esclarecimiento de los hechos con alto gra-

do de objetividad o científicidad, entre otras circunstancias que vislumbren asimetría entre el proveedor y el consumidor, lo que amerita no exigir a este probar los eventos del daño, puesto que ello implicaría una carga irrazonable, por no decir de imposible cumplimiento. En tal sentido, el artículo 39 del referido código prescribe lo siguiente:

Artículo 39.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. *Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.* [énfasis agregado]

Sobre la interpretación de esta norma, la Sala Especializada en Protección del Consumidor (SPC) del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ha pronunciado en un caso concreto en el sentido de que se trata de una flexibilización legal de la carga de aportación de la prueba muy utilizada en casos de servicios médicos⁴². El propósito es asegurar

el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo señalado en la Constitución, de modo que dicha carga ha de recaer en el sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla⁴³. Sin embargo, una objeción a esta idea puede formularse en el sentido de que esta norma no es aplicable en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en tanto entre esta y los ciudadanos no existe una relación de consumo.

Para rebatir dicha objeción basta con lo ya precisado en párrafos anteriores sobre el sentido extenso de la expresión «entidades que conforman la Administración», la que incluye a las personas jurídicas que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, aunado al numeral 2 del artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que incluye a las personas jurídico-públicas en la categoría de proveedores para efectos de su aplicación. Esto supone la aplicación de la norma que recoge la teoría de las cargas dinámicas y la prueba indiciaria para la probanza de actos discriminatorios en la prestación de servicios o intercambio de bienes entre los consumidores y las personas jurídico-privadas que prestan servicios públicos, materia que es competencia de los organismos reguladores.

⁴² Cfr. Resolución 283-2011/SC2-INDECOPI del 15 de febrero de 2011 y Resolución 445-2014/SPC-INDECOPI del 10 de febrero de 2014.

⁴³ Resolución 1539-2018/SPC-INDECOPI del 22 de junio de 2018, ff. jj. 18-21. Estos mismos argumentos han sido utilizados en la Resolución 1879-2014/SPC-INDECOPI del 9 de junio de 2014 y en la Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015, de lo que se infiere que la teoría de las cargas dinámicas y la prueba indiciaria constituyen criterios uniformes en la jurisprudencia administrativa del Indecopi en materia de actos de discriminación en las relaciones de consumo.

Por su parte, la presunción es útil para acreditar el daño moral, pues este tipo de daño no patrimonial suele desprenderse de los hechos mismos (*in re ipsa*). Así, si el órgano jurisdiccional ha llegado a la convicción sobre la veracidad de los hechos aparentemente generadores del daño, puede crear, a partir de este elemento fáctico, de las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, la presunción de que el damnificado ha padecido una lesión en su esfera afectivo-emocional como consecuencia de tal evento. No obstante, la posibilidad de utilizar la presunción judicial para la acreditación de la existencia del daño moral no exime al demandante de realizar actividad probatoria alguna, sino más bien lo adecuado es que con este sucedáneo concurren otros elementos de prueba que doten de mayor objetividad y racionalidad a la operación intelectual del juez al momento de verificar la magnitud del daño moral alegado, de manera que cumpla con el estándar cualificado de motivación requerido para la tutela resarcitoria de los daños extrapatrimoniales.

De este modo, si, por ejemplo, en un desalojo extrajudicial llevado a cabo por los servidores de alguna municipalidad distrital o por los agentes de la Policía Nacional del Perú contra invasores de un predio estatal se produce una muerte debido al ejercicio irrazonable y desproporcionado de la fuerza pública, un familiar estará facultado para solicitar tutela resarcitoria sin necesidad de desplegar un esfuerzo notable para tal fin, pues el juez puede aplicar la presunción de existencia de daño moral por el vínculo familiar, sin perjuicio de la valoración conjunta de otros elementos de prueba periféricos que coadyuven a la determinación de este daño extrapatrimo-

nial, otorguen cierto grado de objetividad y eviten un supuesto de enriquecimiento sin causa. Medios probatorios tales como los informes psicológico o psiquiátrico serán producentes para tales efectos.

Como es de advertirse del ejemplo, el vínculo familiar es un elemento probatorio de peso, aunque no absoluto, para demostrar mediante presunción el daño moral. Y es que, como bien lo ha explicado Taboada Córdova, para que se pueda alegar objetivamente este daño, «no basta la lesión de cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, probado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y, por ende, considerado digno de tutela legal»⁴⁴. Por consiguiente, quedan al margen de la tutela resarcitoria lesiones banales o socialmente tolerables. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Casación italiana en la Sentencia 26972/08: «No son merecedores de protección los perjuicios consistentes en las incomodidades, los fastidios, las desilusiones y toda otra insatisfacción referente a los más disparatados aspectos de la vida cotidiana que cualquiera conduce en el contexto social»⁴⁵.

Es preciso reiterar que, además de la seriedad y la estimación social de la aflicción íntima padecida, la valoración y aprecia-

⁴⁴ L. Taboada Córdova. *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. 3.ª edición. (Lima: Grijley, 2013), 76.

⁴⁵ J. C. García Huayama, «La equidad como criterio de cuantificación del daño moral. A propósito del artículo 1332 del Código Civil. Comentario

ción conjunta de los medios probatorios que efectúa el juzgador se ha de regir por el sistema de la sana crítica, el cual se compone de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, conceptualizadas como «principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad»⁴⁶. Mediante este sistema, el derecho probatorio peruano ha superado los sistemas de prueba tasada y de libertad absoluta de la prueba, optimizándose de esta manera la probanza del daño moral.

Ahora bien, cabe mencionar que lo dicho hasta este punto pertenece a la etapa de acreditación del daño moral —que a su vez es parte integrante del juicio de responsabilidad civil—, el cual, una vez verificado, deberá cuantificarse a fin de que el juez haga efectivo el resarcimiento. El método para determinar la cuantía por esta voz de daño ha dado lugar a varias propuestas doctrinarias y normativas, así como a criterios jurisprudenciales contradictorios. Esta complejidad se explica por la naturaleza altamente subjetiva de la dimensión espiritual del ser humano, que es donde tiene lugar el daño moral, entendido como congoja, detrimento emocional o lesión íntima. Ante este problema, el artículo 1332 del Código Civil peruano preceptúa lo que en doctrina se ha denominado «criterio de equidad», en los siguientes términos: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser pro-

bado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa». Se trata, pues, de una facultad discrecional del juez para cuantificar el daño en caso ello no sea extraíble directamente de la actividad probatoria; y es que es obligación del órgano jurisdiccional reparar íntegramente los daños producidos.

Al respecto, García Huayama precisa que el criterio de equidad, que es una facultad discrecional del juez, no está destinado a acreditar los elementos que configuran la responsabilidad civil, sino a la cuantificación del daño; por ende, su aplicación tiene como presupuesto la configuración de tales elementos: daño, antijuridicidad, nexo de causalidad y factor de atribución. Además, el autor señala que la liquidación del daño de forma equitativa tiene carácter subsidiario, porque no exime al interesado de la obligación de ofrecer pruebas sobre su monto preciso⁴⁷. A decir de Jiménez Vargas-Machuca, «el juicio de equidad no solo es sinónimo de ausencia de razonamiento, sino que es su antónimo: justamente requerirá un análisis más razonado que la ciega aplicación de los factores existentes»⁴⁸. En otras palabras, el criterio de equidad es un instrumento de cuantificación del daño, no de juicio de responsabilidad, mediante el cual el juez atiende a las circunstancias particulares del caso, las situaciones concretas de las partes, los factores condicionantes del evento, la sana crítica (máximas de la experiencia, la ciencia y las reglas de la lógica) y la jurisprudencia sobre la ma-

a la sentencia recaída en la Casación N.º 4149-2014 Lima». En *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*. (Lima: Instituto Pacífico, 2020), 510.

⁴⁶ M. Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo 1 (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 725.

⁴⁷ J. C. García Huayama, «La equidad como criterio de cuantificación del daño moral», *op. cit.*, 518.

⁴⁸ R. Jiménez Vargas-Machuca, «Reducción judicial de la indemnización (la concausa). Comentarios al artículo 1973 del Código Civil». En *Tratado de*

teria, para establecer un *quantum* resarcitorio por concepto de daño moral, esto es, un margen de discrecionalidad para la argumentación jurídica, no para la práctica de arbitrariedades, sea para fijar montos irrisorios, sea que conduzcan a enriquecimiento sin causa.

Conclusiones

- Mediante el proceso contencioso administrativo, el Poder Judicial tiene la atribución de controlar la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones administrativas que incidan desfavorablemente en la esfera jurídica de los administrados. Esta labor se sustenta en los principios que inspiran la forma democrática de gobierno, el Estado constitucional de derecho y el constitucionalismo de los derechos. Así, los postulados que fundamentan la acción contencioso administrativa son el sistema de pesos y contrapesos entre los poderes constituidos (*checks and balances*), el control de juridicidad de las actuaciones administrativas como expresiones del poder público y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en tanto la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo del Estado y la sociedad.
- En la doctrina y la jurisprudencia procesal contemporáneas, se considera que los medios probatorios cumplen una función epistémica, que no es más que el compromiso que tienen los actores procesales para con la verdad por correspondencia, esto es, la correlación

que debe existir entre las narraciones fácticas introducidas por las partes al proceso y los hechos como entidades metafísicas; veracidad que es siempre necesaria a efectos de arribar a una decisión materialmente justa. En aras de la consecución de esta finalidad, el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley 27584 primigenia fue modificado mediante el Decreto Legislativo 1067, ampliando el margen de la actividad probatoria de las partes y aumentando la profundidad de la cognición, para así brindar tutela jurisdiccional efectiva en el marco de un debido proceso.

- En materia de actividad probatoria, actualmente el proceso contencioso administrativo ha quebrantado aquellos esquemas tradicionales que limitaban el conocimiento del órgano jurisdiccional y la libertad de las partes procesales a lo ya actuado en sede administrativa, de manera tal que resultaba insuficiente para probar las hipótesis fácticas que fundamentan las pretensiones resarcitorias. Hoy es posible alegar y probar nuevos hechos propios e impropios, y cualquier otro elemento fáctico que sirva para el esclarecimiento de la responsabilidad de la Administración pública, incluso aquellos que no obran en el expediente que ha sido ventilado en las instancias administrativas.
- La responsabilidad patrimonial estatal es el objeto de las pretensiones de resarcimiento planteadas en el proceso contencioso administrativo. Por límites de extensión, esta institución jurídica no ha sido desarrollada aquí. No obstante, basta tener presente que en épocas de la monarquía absolutista estaba muy arraigada en el pensamiento

responsabilidad civil contractual y extracontractual.
Tomo 1. (Lima: Instituto Pacífico, 2015), 115.

colectivo de los pueblos la creencia de que el monarca nunca cometía errores o abusos (*The King can do no wrong*). Sin embargo, actualmente la responsabilidad de la Administración pública es un principio y una garantía de los ciudadanos, aunque ciertamente con gran déficit legislativo a nivel nacional. Así pues, qué duda cabe hoy, la Administración se encuentra obligada a resarcir el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral que se irroguen en la esfera jurídica de los administrados como resultado de un acto administrativo o actuación material, dando cumplimiento de esta manera al principio de reparación integral de los daños provocados.

- En este contexto, los medios probatorios cumplen un rol muy importante, por cuanto a través de ellos se logra una adecuada tutela de los intereses legítimos de los administrados frente a los daños generados por la Administración pública. En este sentido, los medios probatorios idóneos en el proceso contencioso administrativo son los documentos, la pericia, los indicios y las presunciones legales y judiciales. La razón de la utilidad preponderante de estos medios probatorios se encuentra en el grado de especialidad y tecnicidad que revisten los actos administrativos emitidos por los organismos reguladores y técnicos especializados, y los diversos órganos dispersos en los tres niveles de gobierno.

Como se podrá advertir del desarrollo temático aquí realizado, esta materia es por demás extensa y compleja, por lo que queda pendiente para otro trabajo dilucidar los fundamentos de la responsabilidad patrimonial a cargo de la Ad-

ministración pública, cuando a través de las entidades que la componen genere daños a los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones tripartitas (actividades de policía, de fomento y de prestación de servicios públicos) encomendadas por la Constitución y la ley.

Bibliografía

Aguado i Cudolà, Vicenç. «La prueba en el proceso contencioso-administrativo: ¿Supletoriedad de la legislación procesal civil o necesidad de una regulación específica?». En Fernández Ruiz, J. (coord.). *Justicia contenciosa administrativa. Congreso Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, 935-954. <https://bit.ly/3FFgLbx>

Alfaro Valverde, Luis. «Aproximación a la dimensión epistémica de los poderes probatorios del juez». En Priori Posada, G. (coord.). *La prueba en el proceso. Libro de Ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, 2018, 431-463.

Alvarado Velloso, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Lima: A & C Ediciones, 2018.

Campos Bermúdez, José. *La función punitiva del daño moral. El reencuentro entre el derecho privado y el derecho público. Comentarios a la Casación N.º 4716-2016 Lima*. En «La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial». Lima: Instituto Pacífico, 2020.

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 2.ª edición. Tomo 1. Lima: Palestra, 2017.

Chanamé Orbe, Raúl. *La Constitución comentada*. 9.^a edición. Volumen 2. Lima: Legales Editores, 2015.

Donaires Sánchez, Pedro. «Los sucedáneos de los medios probatorios». En *Compendio Temas de derecho laboral*. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima, (2008): 115-118. <https://bit.ly/32brX1X>

García Huayama, Juan Carlos. «La equidad como criterio de cuantificación del daño moral. A propósito del artículo 1332 del Código Civil. Comentario a la sentencia recaída en la Casación N.º 4149-2014 Lima». En *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial*. Lima: Instituto Pacífico, 2020, 501-532.

Huapaya Tapia, Ramón. *El proceso contencioso-administrativo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, Colección Lo Esencial del Derecho, n.º 43, 2019.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). *Lineamientos sobre protección al consumidor*. Lima: Indecopi, 2019. <https://bit.ly/3nx9sfZ>

Jiménez Vargas-Machuca, Roxana. «Reducción judicial de la indemnización (La concausa). Comentarios al artículo 1973 del Código Civil». En *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Tomo 1. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo 1. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

Monroy Palacios, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra, 2004.

Morón Urbina, Juan Carlos. «El proceso contencioso de lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano». *Ius et Veritas*, 24 (51), 2015, 224-246. <https://bit.ly/3Ik4lHJ>

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 (Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS)*. 14.^a edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

Parada, Ramón Richard. *Derecho administrativo I. Parte general*. 18.^a edición. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Pino, Giorgio. *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Lima: Zela, 2018.

Priori Posada, Giovanni. *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial PUCP, Colección Lo Esencial del Derecho, n.º 42, 2016.

Rojas Peralta, Carlos Enrique. «Breves consideraciones sobre la prueba en el proceso contencioso administrativo peruano». *Revista Electrónica del Trabajador Judicial*, 2009. <https://bit.ly/3rtwRAB>

Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico. (Introducción al derecho)*. 2.^a edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1985.

Saavedra Romo, Pedro. «La prueba en el proceso contencioso administrativo en el Perú». En *IPEF. Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, (77), 2018, 125-134. <https://bit.ly/3fHTmLX>

Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la*

responsabilidad civil contractual y extracontractual. 3.^a edición. Lima: Grijley, 2013.

Taruffo, Michele. «Verdad y prueba en el proceso». En Priori Posada, Giovanni. (coord.). *La prueba en el proceso. Libro de ponencias del VIII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, 2018, 13-23.

Taruffo, Michele. *Hacia la decisión justa*. Lima: Zela, 2020.

Resolución 0630-2018/SPC-INDECOPI

Resolución 0964-2018/SPC-INDECOPI

Resolución 0551-2014/SPC-INDECOPI

Resolución 1423-2016/SPC-INDECOPI

Resolución 2748-2016/SPC-INDECOPI

Resolución 283-2011/SC2-INDECOPI

Resolución 445-2014/SPC-INDECOPI

Resolución 1539-2018/SPC-INDECOPI

Resolución 1879-2014/SPC-INDECOPI

Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI

Resolución de Consejo Directivo 0712014-OEFA/TFA-SEM

STC 00026-2004-AI

STC 04599-2011-AA

STC 158-2016-PHD

X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República

EL *PUBLIC COMPLIANCE* EN EL PERÚ. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y DESAFÍOS HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AGENCIA ANTICORRUPCIÓN

*Public compliance in Peru. State of the question and
challenges towards the construction of an
anti-corruption agency*

Autores: Percy André Sota Sánchez*
Tania Pereyra Villar**

REVISTA

LP Derecho

**Percy André Sota Sánchez,
Tania Pereyra Villar**

«El *public compliance* en el Perú.
Estado de la cuestión y desafíos
hacia la construcción de una
agencia anticorrupción».
Revista LP Derecho.
2 (2022): 74-93.

Recibido: 30/11/2021

Aprobado: 30/1/2022

* Asociado sénior en Philippi Pietrocar-
rizosa Ferrero DU & Uría. Máster en
Cumplimiento Normativo en materia
penal por la Universidad de Castilla-La
Mancha. Especialista en Compliance por
Aenor (España) y por la Universidad del
Pacífico. Abogado por la Universidad de
San Martín de Porres. Correo electróni-
co: andre.sotasanchez@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-1849-9386>.

** Directora académica de LP-Pasión por el
Derecho. Abogada por la Universidad de
San Martín de Porres. Correo electróni-
co: tania.pvillar26@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-3510-1050>.

Resumen

En esta investigación, los autores han estudiado las agencias anticorrupción de estos países: Italia, España y Perú. Para su investigación, los autores analizaron dos convenciones internacionales contra el soborno: la Convención Interamericana y la Convención de las Naciones Unidas. La contribución más importante fue la propuesta de una única y especial agencia anticorrupción, basada en un modelo mixto de agencia anticorrupción. En este orden de ideas, los autores han realizado una valoración crítica de la implementación continua del cumplimiento público en la ley peruana.

Marco normativo

Decreto Supremo 042-2018-PCM: arts. 1, 3.2., 4 y 8.

Ley 29976: art. 3.

Palabras clave

Compliance, agencias anticorrupción, Administra-
ción pública, corrupción, *public compliance*.

Abstract

In this investigation, the authors have studied the anti-corruption agencies of these countries: Italy, Spain and Peru. For their investigation, the authors analyzed two international conventions against bribery: Inter-American Convention and the ONU Convention. The most important contribution was

the propose of a one and special anti-corruption agency, based on a mixed model of anti-corruption agency. In this order of ideas, the authors have made a critical assessment of the continuous implementation of public compliance in the Peruvian law.

Regulatory framework

Supreme Decree 042-2018-PCM: arts. 1, 3.2., 4 and 8.

Law 29976: art. 3.

Keywords

Compliance, anti-corruption agencies, public Administration, corruption, public compliance.

Introducción

En el presente trabajo estamos actualizando el artículo que anteriormente publicamos en la revista *Actualidad Penal* bajo el título de «Agencias anticorrupción y *public compliance*», así como incorporamos nuevos puntos de análisis, los cuales básicamente están referidos a la implementación progresiva del *public compliance* en algunas instituciones del Estado.

La corrupción pública es un mal endémico que continuamente viene preocupando a la comunidad internacional, la cual ha emitido instrumentos internacionales para prevenir y luchar contra la corrupción. De hecho, a nivel de la ONU, los Estados parte suscribieron la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; mientras que, a nivel de la OEA, los Estados parte suscribieron la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Entre los diversos puntos en común de ambos instrumentos internacionales —y para efectos de la presente investigación— debe-

mos resaltar que en ambos se regulan, con distintas denominaciones, a las agencias anticorrupción, aunque no logran establecer un modelo único e ideal de agencia. Y es que —en nuestra opinión— la problemática y los retos que plantea la corrupción pública al legislador penal, así como los diversos diagnósticos que se formulan en la doctrina, deben ir de la mano del *public compliance*, por lo que conviene exponer y precisar cómo las agencias anticorrupción vienen desarrollando sus competencias en esta materia.

Para el estudio de las agencias anticorrupción expondremos, brevemente, los modelos de agencias implementados en tres países: Italia, España y Perú, de los cuales analizaremos sus principales características y funciones en materia de prevención y lucha contra la corrupción. Asimismo, realizaremos nuestra propia clasificación y propondremos un modelo de agencia anticorrupción para el Perú.

Por último, analizaremos críticamente cómo se viene implementando el *public compliance* en algunas instituciones de la Administración pública, confrontando este proceso de implementación con nuestra propuesta de agencia anticorrupción.

I. Aproximación al concepto normativo de corrupción pública

La corrupción pública ha sido entendida tradicionalmente como la obtención de un beneficio personal por quien ostenta un cargo o cumple una función pública en violación de los deberes que se desprenden del cargo o función¹. Sin embargo, debido a

¹ Por todos, véase Jorge Malem, «El fenómeno de la corrupción». En Laporta San Miguel, F.; Álvarez

la actual configuración de nuestra sociedad, resulta indispensable contextualizar el concepto de *corrupción pública* y entender que en ella intervienen otros actores, además del funcionario público. Por ende, como bien señala Lamo de Espinosa, tenemos que:

[D]esde el concepto pionero de Banfield, la corrupción es posible si hay tres tipos de actores económicos: un mandatario, un mandante y finalmente un tercero cuyas ganancias o pérdidas dependen del mandatario. El mandatario es corruptible en la medida en que pueda disimular *a priori* su corrupción a su mandante. Un mandatario deviene corrupto si sacrifica el interés de su mandante al suyo y viola la ley al hacerlo².

En la doctrina penal existen diversas propuestas sobre el concepto de corrupción pública, entre las cuales destacamos las de Kindhäuser y de Rotsch³. Cabe precisar que, a nuestro entender, las propuestas de los mencionados autores guardan estrecha relación con el concepto propuesto por Banfield.

Según Kindhäuser, la corrupción se define como «la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido»⁴. Los elemen-

tos de este concepto de corrupción son los siguientes: i) la existencia de una relación trilateral; ii) una ventaja capaz de motivar, que no necesariamente es un beneficio económico; y iii) la ventaja otorgada debe estar relacionada a una posición de deber del encargado.

Para Rotsch, la corrupción se define como:

El intento de un pacto contrario a derecho. Dicho pacto tiene como objeto la solución de una colisión entre el interés aprobado del principal y el interés desaprobado del tercero por parte del agente en favor del interés del tercero por la vía de la conexión contraria a reglas y deber entre poder de decisión y ventaja. Por ello, la colisión de intereses del agente mediante el pacto de la asunción de una ventaja como contraprestación por una prestación a realizar por él, la ha causado él mismo⁵.

Nótese que, para Rotsch, también resulta fundamental reconocer que normativamente el acto de corrupción presupone la relación de tres personas: el principal, el agente y un tercero, entre los cuales puede darse una relación interna o externa. El concepto propuesto por Rotsch es relevante para la presente investigación, pues —conforme veremos más adelante— nos permite atender el fenómeno de la corrupción desde el punto de vista del *compliance* penal en la Administración pública.

Medina, S. (coords.). *La corrupción política* (Madrid: Alianza Editorial, 1997): 80.

² Emilio Lamo de Espinosa. «Corrupción política y ética económica». En Laporta San Miguel, F. y Álvarez Medina, S. (coords.). *La corrupción política* (Madrid: Alianza Editorial, 1997): 271.

³ La propuesta de Thomas Rotsch es de nuestro especial interés, al estar ligada a la figura del *criminal compliance*.

⁴ Urs Kindhäuser, «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad.

Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán». *Política criminal*, 2, 3 (2007): 6.

⁵ Thomas Rotsch, «Corrupción y *compliance*». En Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.). *Estrategias penales y procesales penales de lucha contra la corrupción* (Madrid: Marcial Pons, 2018): 234.

Si utilizamos estos aportes de la doctrina para interpretar nuestro ordenamiento jurídico, debemos partir reconociendo que en este se ha asumido un concepto propio de corrupción pública, que podemos interpretar —sin llegar a excesos valorativos— sobre la base del planteamiento de Rotsch. Así, tenemos que en el artículo 3.2 del Decreto Supremo 042-2018-PCM, que establece medidas para fortalecer la integridad pública y luchar contra la corrupción, se define la corrupción como el «mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales».

II. Prevención de la corrupción pública a través del *public compliance*

La distribución de competencias y la descentralización política, jurídica y económica del Gobierno central hacia los gobiernos regionales y locales responden al fin legítimo de coadyuvar al desarrollo del país.

Sin embargo, la realidad social nos ha enseñado que esta misma descentralización carece de medidas de prevención y control técnicas, políticas y jurídicas adecuadas del Gobierno central (delegante) sobre las competencias delegadas; de igual forma, el amplio margen de discrecionalidad de los funcionarios públicos que lideran las instituciones públicas (delegados), y de estos hacia abajo, permitió el continuo desarrollo y «perfeccionamiento» —lamentable, por cierto— de la corrupción pública, debido a la ausencia de mecanismos de control y prevención adecuados a la nueva realidad social y política.

En palabras de Sánchez Morón, esto responde a lo siguiente:

[...] muy poco se ha hecho para adaptar a esa evolución los mecanismos de control de las Administraciones públicas. Al contrario, de los mecanismos tradicionales unos han desaparecido y otros han quedado obsoletos, sin que hayan sido actualizados o sustituidos por otros instrumentos efectivos. En resumen, el sistema de control de las Administraciones públicas ha quedado desfasado y resulta inapropiado para los retos de nuestro tiempo⁶.

Incluso, si se realiza un símil con las empresas privadas, podemos llegar a la misma conclusión; como bien señala Gutiérrez:

[M]ientras que en las corporaciones privadas se han ido instaurando técnicas y metodologías más sofisticadas para llevar a cabo los análisis de riesgos, en las Administraciones públicas solo existen procedimientos de control que han quedado obsoletos, incapaces de detectar la corrupción⁷.

En la actualidad, el *criminal compliance* forma parte de las nuevas estrategias⁸ polí-

⁶ Miguel Sánchez Morón, «La corrupción y los problemas del control de las Administraciones públicas». En Laporta San Miguel, F. y Álvarez Medina, S. (coords.). *La corrupción política* (Madrid: Alianza Editorial, 1997): 192.

⁷ Elena Gutiérrez, «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales», *Política Criminal*, 13, 25 (2018): 122.

⁸ Entre otras estrategias tenemos, por ejemplo, la transparencia en la Administración pública. Véase Cerillo i Martínez, «Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la administración local», *Anuario del Gobierno Local* (2011): 277-313.

tico-criminales para la prevención y lucha contra la corrupción —aunque ello no está exento de crítica por la doctrina penal⁹—. Inicialmente, se dio bajo el enfoque de la privatización de la lucha contra la corrupción¹⁰, esto es, que las empresas debían implementar sistemas de *compliance* con el objetivo de prevenir prácticas corruptas. Actualmente, se viene enfocando la preven-

ción de la corrupción en la Administración pública a través del *public compliance*, dada la estrecha vinculación entre corrupción y *compliance*. En palabras de Rotsch, «en el derecho penal de la corrupción ya domina una tremenda necesidad de orientación y, por ello, ha sido y es, tanto prácticamente como en la ciencia, un importante ámbito de ocupación del *criminal compliance*»¹¹.

La prevención de la corrupción en la Administración pública a través del *public compliance* responde a la siguiente lógica: si las personas jurídicas implementan programas de cumplimiento en aras de prevenir los riesgos de corrupción, y así coadyuvar al Estado en la lucha contra la corrupción pública, ¿qué ocurre entonces con la Administración pública? ¿Acaso se le imponen obligaciones o se le persuade a la autorregulación en términos de *compliance*? ¿Es legítima la imposición de obligaciones similares? ¿Deberían contar con códigos de ética y de conducta, con responsables de cumplimiento, *whistleblowing*, políticas internas que delimiten las funciones, competencias, atribuciones, responsabilidades y sanciones de los funcionarios dentro de la propia Administración pública para la cual laboran —en ámbitos de competencia específicos, no generales—?¹². Por ello, Nieto nos explica lo siguiente:

[T]oda corporación pública debiera dotarse de un programa de cumplimiento en materia de corrupción y, cerrando el círculo, su no implantación o implantación eficaz en caso de que se

⁹ En este sentido, Kleinhempel y Cecchini explican: «A pesar de su condena casi universal, la corrupción persiste. Algunas medidas con potencial para atacar o disminuirla no han sido lo suficientemente efectivas. Controles internos y externos —*checks and balances*— claramente son necesarios, pero evidentemente no son suficientes para garantizar prácticas éticas en los negocios. La corrupción no ha sido eliminada ni a través de la puesta en práctica de leyes o regulaciones más duras o mediante la adopción de programas de *compliance* más sofisticado. Para combatir la corrupción no hay una “bala de plata” o solución única que pueda acabar con todos sus problemas de un momento para el otro y de manera definitiva. Hace falta llevar adelante batallas simultáneas en muchos frentes y con múltiples herramientas diferentes de manera creativa». Kleinhempel, M. y Cecchini, G., «Acciones colectivas contra la corrupción». En Saccani, R., Morales, G. (dirs.). *Tratado de compliance*. (T. I). (Argentina: La Ley, 2018): 248.

¹⁰ Sobre la privatización de la lucha contra la corrupción a través del *compliance* penal, véase A. Nieto Martín, «La privatización de la lucha contra la corrupción». En: Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A. (dirs.). *El derecho penal económico en la era compliance* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013): 191-210. «Sin embargo, desde hace algunos años en el mundo del Derecho y de las políticas públicas se observa un cambio de estrategia. La corrupción está pasando a ser “cosa de dos”. La política criminal más reciente ha responsabilizado también a las empresas en la lucha contra la corrupción. La moderna política pública de lucha contra la corrupción se caracteriza porque: a) exigen a las empresas que adopten medidas internas de prevención de la corrupción y que ayuden al Estado —a sus policías, jueces y fiscales— en la investigación y esclarecimiento de los casos de corrupción; b) les prohíben sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas; c) en la corrupción internacional sancionan a las empresas y a sus agentes, desinteresándose de la sanción del funcionario público». *Ibid.*, 192-193.

¹¹ Thomas Rotsch, «Corrupción y *compliance*», *op. cit.*, 239.

¹² En similar sentido, véase A. Nieto Martín, «La privatización de la lucha contra la corrupción», *op. cit.*, 209.

produzca un comportamiento corrupto por alguno de sus miembros, debiera dar lugar a la imposición de sanciones¹³.

El fundamento normativo del *public compliance* se desprende de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Por su parte, para entender su relación con el concepto de corrupción pública, debemos asumir que el acto de corrupción presupone la relación entre tres personas que normativamente serían un principal, un agente y un tercero, cuyas relaciones se dan entre el principal y el agente (relación interna) y entre el agente y el tercero o quien otorga la ventaja (relación externa). Pues bien, siguiendo a Rotsch:

La relación interna se caracteriza porque al agente, como persona que regularmente puede tomar decisiones de peso con efectos externos, se le habría confiado la tarea de manejar los intereses del principal. Desde el punto de vista de nuestro tema, se podría decir que en la relación interna guarda relación con el ámbito (de *compliance*) del cumplimiento de reglas¹⁴.

En la doctrina penal hay diversas posturas que intentan conceptualizar el *public compliance*. Por ejemplo, Gutiérrez sostiene que el *public compliance* estaría conformado por los siguientes elementos: «mapa o análisis de riesgos, un procedimiento o canal de denuncias apropiado y organismos de control interno y externo»¹⁵, siendo parte de estos últimos las agencias anticorrupción.

De similar manera, Díaz y Torija sostienen que los elementos del *public compliance* serían un mapa de riesgos, código de conducta, formación y comunicación, canales de denuncia, procedimientos de denuncia, oficina anticorrupción y criterios de respuesta¹⁶.

La irrupción del *public compliance* en la prevención de la corrupción pública ha determinado que, en la doctrina, se planteen desafíos a futuro en esta materia. Por ejemplo, Campos Acuña postula que el *compliance* también puede ser introducido en materia de contratación pública, presentando las siguientes oportunidades de mejora en la integridad:

[...] una, externa, a través de la existencia de programas de *compliance* a licitadores y adjudicatarios, y otra, interna, a modo de programas de cumplimiento normativo de la respectiva entidad el sector público, para dar cumplimiento al mandato de integridad [...] ¹⁷.

III. Las agencias anticorrupción y el *public compliance*

Sobre la base del entendimiento de que una nueva estrategia de prevención y lucha contra la corrupción en la Administración pública es el *public compliance*, surge la siguiente interrogante general: ¿quién/quién

¹³ *Ibid.*, 210.

¹⁴ Thomas Rotsch, «Corrupción y *compliance*», *op. cit.*, 232-233.

¹⁵ Elena Gutiérrez, «Corrupción pública: concepto y mediciones», *op. cit.*, 118-119.

¹⁶ J. E. Díaz Getino y S. Torija Herrero, «Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 2 (2016): 6.

¹⁷ María Concepción Campos Acuña, «Posibilidades del *compliance* en la contratación pública: Elementos clave para su utilización». En Castillo Blanco, Federico (coord.). *Compliance e integridad en el sector público* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019): 219.

nes debe/deben encargarse de elaborar los lineamientos del *public compliance*, de supervisar su implementación y de su puesta en funcionamiento y efectividad¹⁸?

La respuesta que se brinde a la interrogante planteada nos pone en los siguientes escenarios problemáticos: ¿cómo debe desarrollarse el *public compliance*?, ¿queda al libre albedrío de cada Administración pública determinar el sí y el cómo han de desarrollarse los elementos de *public compliance*?, ¿deberían establecerse lineamientos vinculantes para las Administraciones públicas en la elaboración del *public compliance* o debe acudirse a la autorregulación pura, regulada o metarregulación¹⁹?, ¿quién/quienes han de elaborar estos lineamientos?

¹⁸ La efectividad de los programas de cumplimiento en materia penal es fundamental al momento de decidir sobre la imposición de una sanción penal a la persona jurídica. Por ejemplo, en el derecho comparado, tenemos que la Serious Fraud Office (SFO) del Reino Unido publicó el 17 de enero de 2020 un documento de uso interno, denominado *Evaluating a Compliance Programme*, a través del cual se evalúa la efectividad de los programas de cumplimiento. Este documento es complementario a la *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing of Department of Justice*. Asimismo, en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América, el Department of Justice-Criminal Division publicó en abril de 2019 la *Guidance of evaluation of corporate compliance programs*. Por su parte, en el ámbito de la doctrina penal, tenemos que Nieto Martín propone un «test de efectividad» de los programas de cumplimiento. Véase A. Nieto Martín, «Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento». En Nieto Martín, A. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015): 119.

¹⁹ Sobre las clases de autorregulación en materia de *compliance*, véase U. Sieber, «Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica». En Urquiza Olachea, J.; Abanto Vázquez, M.; Salazar Sánchez, N. (coords.). *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal*. Homenaje a Klaus Tiedemann. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres (2011): 218-219.

A modo de respuesta a la interrogante general, y sobre la base de los ordenamientos jurídicos objeto de estudio para la presente investigación (Italia, España y Perú), podemos advertir que actualmente los Estados vienen confiando la función general de encargarse del *public compliance* a unas instituciones públicas que genéricamente denominaremos «agencias anticorrupción»²⁰.

El fundamento de la creación de las agencias anticorrupción a nivel de la ONU se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículo 6 establece que cada Estado parte, de conformidad con su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un/unos órgano/órganos encargado/encargados de prevenir la corrupción con medidas como la aplicación de políticas de prevención y sanción de la corrupción, la supervisión y coordinación de la puesta práctica de esas políticas, el aumento y difusión de conocimientos en materia de prevención de la corrupción, entre otras. Por su parte, a nivel de la OEA, el fundamento para la creación de las agencias anticorrupción se encuentra en la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyo artículo III establece que los Estados parte convienen en considerar aplicar como medida preventiva la creación, mantenimiento y fortalecimiento de órganos de control superior con el objeto de que desarrollen modernos mecanismos destinados a prevenir, detectar, sancionar y erradicar prácticas corruptas.

En los ordenamientos jurídicos de Italia, España y Perú, se vienen asignando com-

²⁰ Conforme se apreciará *infra*, estas agencias pueden adoptar diversos nombres, como «oficinas anticorrupción», «agencias antifraude», «oficinas de integridad», entre otros.

petencias en materia de *public compliance* a estas agencias anticorrupción, que expon-dremos resumidamente²¹.

IV. Modelos de agencias anticorrupción en los ordenamientos jurídicos de Italia, España y Perú

IV.1. El caso de Italia: El modelo único de agencia anticorrupción a través de la Autorità Nazionale Anticorruzione

Con la Ley 190/2012 del 6 de noviembre de 2012 se emitieron disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la Administración pública. Así, en el artículo 1 de dicha ley se reconoce que la Autorità Nazionale Anticorruzione²² (ANAC) será la encargada de las acciones de coordinación, de las actividades de control y de la prevención y lucha contra la corrupción y la ilegalidad en la Administración pública.

El resultado de esto, sostiene Carloni:

[Es] una situación en que la ANAC es responsable, como autoridad, de tres macroáreas: la lucha contra la corrupción, la transparencia (entendida, como veremos, esencialmente como la obligación de publicación) y la

contratación pública; se trata, sin embargo, de áreas que interactúan entre sí, y de hecho, la autoridad no solo ve reforzada su capacidad de comprensión de los fenómenos, sino también la de intervención, y su propia capacidad de influir en las acciones de las administraciones, por esta ampliación de áreas de intervención²³.

Dentro de las funciones de la agencia anticorrupción italiana, sobre todo en lo que a nuestra materia se refiere, destacan la aprobación del Plan Nacional Anticorrupción, que analiza las causas y los factores de corrupción y los identifica, emite opiniones a los diversos organismos públicos sobre el cumplimiento de actos funcionales, el comportamiento de los funcionarios públicos, los códigos de conducta y otros, y emite un informe anual al Poder Legislativo, que se presenta antes del 31 de diciembre, en el cual se analiza la efectividad de las actividades estatales en la lucha contra la corrupción y la ilegalidad en la Administración pública, así como analiza la efectividad de las disposiciones legales sobre la materia. Es aquí donde se desarrollan los lineamientos del *public compliance* en el derecho italiano, en lo que respecta a la prevención y lucha contra la corrupción.

De lo expuesto, podemos advertir que la Autorità Nazionale Anticorruzione responde a un modelo de autoridad única, en el que las competencias generales en la prevención y lucha contra la corrupción a través del *public compliance* se concentran en este organismo. En este modelo de «autoridad única», la Ley 179/2017 del 29 de diciembre de 2017, que regula

²¹ Desarrollamos un análisis detallado de estas competencias en un trabajo anterior. Véase Percy Sota Sánchez, «Agencias anticorrupción y *public compliance*», *Actualidad Penal*, 76 (2020): 295-322.

²² En la doctrina italiana, algunos autores sostienen que la Autorità Nazionale Anticorruzione se ha convertido en el principal protagonista en un corto periodo, y, por ello, a veces es criticado en la evolución del sistema administrativo italiano. Al respecto, véase E. Carloni, «El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 7 (2017): 89.

²³ *Ibid.*, 90.

principalmente medidas de protección a los denunciantes de actos de corrupción al interior de la Administración pública, le otorga facultades sancionadoras; así, la Autorità Nazionale Anticorruzione puede imponer sanciones pecuniarias a aquellos que adopten medidas o represalias contra los denunciantes. De hecho, recientemente la Autorità Nazionale Anticorruzione, a través de la Resolución 782 del 4 de septiembre de 2019²⁴, emitió su primera resolución de sanción e impuso una multa de 5000 euros por ejercer represalias contra un denunciante.

IV.2. El caso de España: El modelo descentralizado de agencias anticorrupción por cada comunidad autónoma

Las agencias anticorrupción de las comunidades autónomas españolas tienen sus propias peculiaridades en cuanto a sus funciones y competencias, que las hacen diferentes de las agencias anticorrupción de Italia y Perú.

Entre las agencias anticorrupción de España, destacamos las siguientes:

1. La Oficina Antifraude de Cataluña, creada mediante la Ley 14/2008²⁵, cuyo valor añadido es que, con esta agencia anticorrupción, España cumplía por primera vez con el mandato del artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁶.
2. La Inspección General de Servicios de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, creada mediante la Ley de la Función Pública de Castilla y León, cuyas competencias como agencia anticorrupción le fueron asignadas mediante Ley 2/2016²⁷, la cual carece de competencias para establecer los lineamientos del *public compliance*.
3. La Agencia de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón, creada mediante la Ley 5/2017²⁸, Ley de Integridad y Ética Públicas. Esta agencia anticorrupción puede ser considerada como una de las más completas en materia de *public compliance*.
4. La Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, creada mediante la Ley Foral 7/2018²⁹ como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y con independencia orgánica y funcional. Esta agencia anticorrupción también puede ser considerada como una de las más completas en materia de *public compliance*.
5. La Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, creada mediante Reglamento

²⁴ Autorità Nazionale Anticorruzione. Delibera n. 782 Adunanza del 4 settembre 2019.

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* el 12 de noviembre de 2008. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 4 de diciembre de 2008.

²⁶ En el mismo sentido, véase Elena Gutiérrez, «Corrupción pública: concepto y mediciones», *op. cit.*, 135.

²⁷ Ley 2/2016, del 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la administración autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración pública y se establecen las garantías de los informantes, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 8 de diciembre 2016.

²⁸ Publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* el 16 de junio de 2017.

²⁹ Publicada en el *Boletín Oficial de Navarra* el 23 de mayo de 2018. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 8 de junio de 2018.

Orgánico ANM 2016/131³⁰ como un órgano independiente respecto del gobierno y la administración de ayuntamiento de Madrid, quedando adscrita orgánicamente al Pleno Municipal.

IV.3. El caso del Perú: Aproximación a un modelo mixto de agencias anticorrupción a través de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción

En los términos de los artículos III de la Convención Interamericana contra la Corrupción y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la agencia anticorrupción peruana es denominada Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, creada mediante Decreto Supremo 016-2010-PCM³¹, posteriormente reconocida por la Ley 29976. Cabe precisar que es un órgano adscrito al Ministerio de Justicia.

La agencia anticorrupción del Perú está conformada por altos funcionarios públicos que pertenecen a los tres poderes del Estado³², lo cual nos parece correcto. Tam-

bién se permite la participación, en calidad de observadores, de la Contraloría General de la República, de la Defensoría del Pueblo y del presidente ejecutivo del OSCE, así como de algunos representantes de la sociedad civil y de los gremios empresariales del sector privado³³.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 29976 y el Decreto Supremo 089-2013-PCM, la agencia anticorrupción del Perú tiene diez funciones principales³⁴, las cua-

dente de la Junta Nacional de Justicia, el fiscal de la Nación, el presidente de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, el presidente de la Asociación de Municipalidades del Perú, el secretario ejecutivo del Foro del Acuerdo Nacional y la Secretaría de Integridad Pública.

³⁰ Publicada en el *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid* el 13 de enero de 2017.

³¹ Decreto Supremo que crea la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, publicado en *El Peruano* el 28 de enero de 2010, en cuyo segundo considerando expresamente se establece que «el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual el Perú forma parte, establece el compromiso de los Estados parte de garantizar la existencia de un órgano u órganos, que se encarguen de prevenir la corrupción adoptando medidas tales como la aplicación de políticas y prácticas de prevención de la corrupción; la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción, entre otros».

³² De acuerdo con el artículo 2, inciso 1 de la Ley 29976, los miembros de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción son el presidente del Congreso de la República, el presidente del Poder Judicial, el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Justicia y Derechos Humanos, el presidente del Tribunal Constitucional, el presi-

³³ De acuerdo con el artículo 2, inciso 3 de la Ley 29976, estos miembros son la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la Asamblea Nacional de Rectores, el Presidente del Consejo Nacional para la Ética Pública (Proética), el Presidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep), un representante de las centrales sindicales de trabajadores del Perú, el representante de la Iglesia católica y la evangélica y el director ejecutivo del Consejo de la Prensa Peruana, quienes actuarán en calidad de instituciones observadoras, pudiendo sus titulares participar en las sesiones de la Comisión con voz pero sin voto.

³⁴ Las diez principales funciones son las siguientes: i) proponer al Poder Ejecutivo las políticas de corto, mediano y largo plazo para la prevención y lucha contra la corrupción de manera intersectorial e intergubernamental; ii) proponer al Poder Ejecutivo el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción cada cuatro (4) años; iii) realizar el seguimiento y supervisión de la implementación y cumplimiento del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción; iv) fomentar y propiciar una cultura de valores en la sociedad peruana; v) coordinar con las entidades del Estado los mecanismos de promoción y cumplimiento de las normas de transparencia, participación ciudadana y ética de la función pública; vi) articular esfuerzos a fin de mejorar la capacidad de las entidades del Estado para investigar y sancionar la corrupción, respetando las competencias asignadas a cada una de ellas; vii) coordinar con las Comisiones Regionales y Locales

les están directamente relacionadas con la finalidad de articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción.

Por ser de especial interés para el objeto de la presente investigación, resulta necesario resaltar que entre las principales funciones de la agencia anticorrupción peruana destacan proponer al Poder Ejecutivo el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción cada cuatro años; realizar el seguimiento y supervisión de la implementación y cumplimiento del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción; articular esfuerzos a fin de mejorar la capacidad de las entidades del Estado para investigar y sancionar la corrupción, respetando las competencias asignadas a cada una de ellas; y coordinar con las comisiones regionales y locales anticorrupción la ejecución de la Política y el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción a nivel regional y local.

En la sesión vigésima séptima de la agencia anticorrupción peruana, realizada el 13 de febrero de 2017, los miembros plenos y observadores aprobaron la propuesta de Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, la cual fue enviada para evaluación y aprobación al Poder Eje-

cutivo, siendo finalmente aprobada mediante Decreto Supremo 092-2017-PCM. Por otro lado, en su sesión trigésima primera del 16 de abril de 2018, los miembros plenos y observadores aprobaron por unanimidad la propuesta del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, la cual fue enviada por la Secretaría de Integridad Pública al Poder Ejecutivo, que la aprobó a través del Decreto Supremo 044-2018-PCM.

El Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 se elaboró sobre la base de dos enfoques, tres ejes y trece objetivos específicos. Los enfoques son la prevención de la corrupción y el combate de la corrupción (prevención y lucha contra la corrupción). Los ejes son, en primer lugar, el fortalecimiento de la capacidad de prevención del Estado frente a actos de corrupción; en segundo lugar, la identificación y gestión de riesgos; y, en tercer lugar, la capacidad sancionadora del Estado frente a actos de corrupción (prevención, gestión de riesgos y sanción de la corrupción). Por último, los objetivos son trece³⁵, de los cuales son especialmente relevantes la gestión de información para la

Anticorrupción la ejecución de la política y el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción a nivel regional y local; viii) formular propuestas normativas para prevenir y sancionar la corrupción, respetando las competencias que le corresponden a cada una de las entidades que la conforman; ix) coordinar con la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente para el seguimiento de la implementación del Plan de Acción de Gobierno Abierto u otros espacios de coordinación o de trabajo vinculados a la prevención y combate de la corrupción; y x) exponer ante el Pleno del Congreso de la República el informe anual sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción.

³⁵ Expresamente, los ejes son los siguientes: i) garantizar la transparencia y el acceso a la información pública en las entidades del Estado; ii) consolidar una gestión de información integrada para la prevención de la corrupción en la Administración pública; iii) impulsar y consolidar la reforma del sistema electoral en el Perú y de las organizaciones políticas; iv) promover e instalar una cultura de integridad y de ética pública, en los servidores civiles y en la ciudadanía; v) instalar y consolidar la gestión de conflictos de intereses y la gestión de intereses en la Administración pública; vi) fortalecer el mecanismo para la gestión de denuncias por presuntos actos de corrupción; vii) impulsar una carrera pública meritocrática; viii) garantizar la integridad en las contrataciones de obras, bienes y servicios; ix) fortalecer la gestión del riesgo al interior de cada

prevención de la corrupción en la Administración pública, la promoción e instalación de una cultura de integridad y ética pública, el fortalecimiento de los mecanismos de gestión de denuncias por actos de corrupción, garantizar la integridad en las contrataciones de obras, bienes y servicios, el fortalecimiento de una gestión de riesgos en cada entidad pública, y el reforzamiento del sistema de justicia penal y de los mecanismos para la recuperación de activos y pérdida de dominio ante delitos agravados contra la Administración pública.

En lo que respecta al *public compliance*, que también forma parte de la Política Nacional y del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, resulta de especial interés el Decreto Supremo 042-2018-PCM. Dicha norma establece medidas para fortalecer la integridad pública y de lucha contra la corrupción, con el objetivo de orientar la correcta, transparente y eficiente actuación de los servidores públicos y de las entidades públicas. Su objetivo es contribuir al cumplimiento de las políticas en materia de integridad pública, como la Política Nacional y el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021³⁶—en el marco de las acciones de prevención y lucha contra la corrupción para la consolidación de la democracia, el Estado de derecho y el buen gobierno (artículo 1 del Decreto Supremo 042-2018-PCM)—.

entidad pública; x) reforzar el sistema de justicia penal; xi) reforzar el sistema disciplinario; xii) reforzar el sistema nacional de control; y xiii) fortalecer los mecanismos para recuperación de activos y pérdida de dominio ante delitos agravados contra la Administración pública.

³⁶ Aquí se hace visible que, entre las nuevas estrategias en la lucha contra la corrupción, una de ellas es el *public compliance*.

Si interpretamos el artículo 4 del Decreto Supremo 042-2018-PCM, tenemos que allí se regulan los elementos que conforman el sistema de *compliance* en la Administración pública o, en otras palabras, el public compliance. Estos elementos son los códigos y cartas de buena conducta administrativa³⁷, los mecanismos de seguimiento de integridad pública³⁸, el programa de integridad³⁹, los lineamientos para elaboración de informes de rendición de cuentas⁴⁰, el registro de gestión de intereses⁴¹, la guía para el manejo de gestión de intereses⁴², los lineamientos para la gestión de conflictos de intereses⁴³, la declaración jurada de intereses⁴⁴, los mecanismos de reporte

³⁷ Son los instrumentos mediante los cuales se establecen los lineamientos para la correcta, transparente y eficiente actuación de los servidores civiles, con el fin de promover una cultura de integridad y servicio a la ciudadanía al interior de cada entidad.

³⁸ Es el instrumento mediante el cual se realiza el seguimiento y evaluación del cumplimiento por parte de los servidores civiles de los estándares contenidos en el Código de Integridad Pública y Buen Gobierno.

³⁹ Es el instrumento mediante el cual se establecen lineamientos y mecanismos para promover e implementar una cultura de integridad al interior de cada entidad.

⁴⁰ Es el instrumento que establece los criterios, normas y procedimientos para la elaboración y presentación de los informes de rendición de cuentas por parte de los servidores civiles.

⁴¹ Es el instrumento mediante el cual se registra al gestor, así como los actos de gestión de intereses de los cuales el servidor, con capacidad de decisión de la entidad, da cuenta en la Constancia de Actos de Gestión de Intereses.

⁴² Es el instrumento mediante el cual se establecen los criterios y lineamientos mediante los cuales los servidores civiles con capacidad de decisión pública atienden las solicitudes de gestión de intereses.

⁴³ Es el instrumento mediante el cual se establecen orientaciones prácticas para que los funcionarios y servidores públicos identifiquen y resuelvan situaciones en las que se presentan conflictos de intereses.

⁴⁴ La declaración jurada de intereses es un instrumento que contiene información respecto a actividades de carácter profesional u ocupacional, actividades comerciales, relaciones de parentesco,

de denuncias⁴⁵, y otros que persigan los fines sustentados en la ética. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5 de esta disposición legal, todas las entidades públicas deberán remitir a la Presidencia del Consejo de Ministros sus informes de avance sobre la implementación del *public compliance*, con el objeto de que, a través de la Agencia Anticorrupción del Perú, se evalúen los avances en la materia y se propongan medidas de fortalecimiento en materia de integridad y lucha contra la corrupción.

De acuerdo con el artículo 5 del Decreto Supremo 092-2017-PCM, se establece que la Agencia Anticorrupción del Perú, a través de su Secretaría de Integridad Pública, será la encargada de realizar el seguimiento, monitoreo y evaluación, tanto de la política nacional como del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción. Esta regulación guarda coherencia con el artículo 8 del Decreto Supremo 042-2018-PCM.

Hasta aquí podemos concluir que, con el objeto de prevenir y luchar contra la corrupción, a través del *public compliance*, el Estado peruano creó la Agencia Anticorrupción del Perú, basándose en los compromisos internacionales regulados en el artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción y en el artículo

6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

De acuerdo con la regulación peruana sobre la materia, tenemos que también existen agencias anticorrupción regionales (nivel de gobierno regional) y agencias anticorrupción locales (a nivel de municipalidades). Así, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 29976, se establece que los gobiernos regionales y locales implementarán comisiones regionales y locales anticorrupción, cuyas funciones principales se definen en la misma ley, y que quedan bajo el seguimiento de la Agencia Anticorrupción del Perú. Asimismo, es importante resaltar que, conforme al artículo 16 del Decreto Supremo 089-2013-PCM, se garantiza que estas agencias regionales y locales estén integradas por funcionarios públicos, así como por el sector empresarial y la sociedad civil⁴⁶.

De lo expuesto, observamos que la creación de este órgano responde a un modelo mixto de agencia anticorrupción, en el que las funciones de dirección, seguimiento y evaluación recaen en la agencia principal; mientras que también existen agencias regionales o locales que coadyuvan en las funciones de prevención y lucha contra la corrupción, si bien su autonomía está limitada en cuanto a los lineamientos de la agencia principal.

V. Propuesta de agencia anticorrupción

Nuestra propuesta es la creación de un modelo de agencia anticorrupción mixto,

entre otras, con la finalidad de hacer públicos posibles conflictos de intereses.

⁴⁵ Son los medios y procesos expeditivos mediante los cuales se abordan las denuncias frente a situaciones que pudieren resultar en actos de corrupción, especialmente en materias sensibles vinculadas a actos de funcionarios o directivos de alto nivel garantizando confidencialidad en el marco de las normas de la materia. De manera complementaria a esto, mediante Resolución de la Secretaría de Integridad Pública 001-2019-PCM/SIP del 24 de julio de 2019, se publicaron los Lineamientos para la Implementación de la Función de Integridad en las Entidades de la Administración Pública.

⁴⁶ Al respecto, la Agencia Anticorrupción peruana emitió los «Lineamientos para la Creación de Comisiones Regionales Anticorrupción».

similar a la Agencia Anticorrupción del Perú, pero con mayores competencias. Así, el modelo de agencia anticorrupción que proponemos debería estructurarse y orientar su actuación sobre la base de los principios de integridad pública, transparencia, legalidad, imparcialidad, independencia, proporcionalidad, seguridad jurídica, buena fe, confidencialidad y presunción de inocencia.

Esta agencia anticorrupción debe constituir la máxima autoridad en materia de prevención y lucha contra la corrupción en la Administración pública en todos los niveles del gobierno y poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), lo que no impide que cada gobierno regional deba tener su propia agencia anticorrupción, la cual ha de responder y estar supeditada a la agencia principal y no a la dirección del gobierno regional.

Las competencias que proponemos, y que deben adscribirse a esta agencia anticorrupción son las siguientes:

V.1. Debe ser la máxima autoridad a nivel de la Administración pública en la dirección de la política de prevención y lucha contra la corrupción

Esta competencia debe permitir a la agencia anticorrupción analizar las políticas existencias en materia de prevención y lucha contra la corrupción, tanto a nivel del Gobierno central, así como las políticas de cada gobierno regional, con el objeto de armonizar y sistematizar las políticas estatales de lucha y prevención de la corrupción.

Asimismo, debe tener capacidad de emitir normativa administrativa en materia de prevención y lucha contra la corrupción de obli-

gatorio cumplimiento en la Administración pública y que, en aquellos supuestos especiales, deba ser adaptada por cada administración local para el cumplimiento de sus fines.

Por último, debe tener la facultad de proponer proyectos normativos al Poder Ejecutivo, para que —de ser el caso— los traslade al Poder Legislativo. No debe olvidarse que esta agencia anticorrupción está adscrita al Poder Ejecutivo, aun cuando deba conservar su independencia funcional.

Con el objeto de garantizar su autonomía frente al Poder Ejecutivo, consideramos que el titular de esta agencia anticorrupción debe ser elegido por el Parlamento.

V.2. El máximo órgano debe ser un colegiado, cuyos integrantes sean un representante (de preferencia, un alto cargo) de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los órganos constitucionales autónomos, de los gobiernos regionales, de la Junta Nacional de Justicia, de la Defensoría del Pueblo, de la Policía Nacional, de los principales gremios empresariales y de los principales sindicatos

Esto coadyuvará a la independencia de la agencia anticorrupción y a la confluencia de opiniones, desde distintas especialidades, sobre cómo enfocar el problema de la corrupción, así como también contribuirá a tener una diversidad de propuestas de solución.

V.3. Debe ser la máxima autoridad en materia de *public compliance*

Esta competencia asignada a la agencia anticorrupción principal la convierte en la máxima autoridad en materia de *public*

compliance, lo que implica que debe definir la estructura del programa de cumplimiento en el seno de la Administración pública, el cual debe trasladarse a cada administración regional y local.

Asimismo, como parte de esta competencia, debe emitir un informe anual sobre el nivel de cumplimiento del *public compliance* en la Administración pública, así como en las administraciones regionales y locales, el cual será remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros y sustentado ante el Parlamento, para lo cual debe ejercer sus competencias de supervisión.

V.4. Debe realizar estudios y publicar informes sobre la corrupción en el país, sobre la base de datos estadísticos, opiniones de expertos independientes, la normativa nacional y el estado de la jurisprudencia

El objeto de estos informes es coadyuvar en la labor preventiva de la corrupción en el país, así como servir de retroalimentación para las agencias anticorrupción descentralizadas y para la población, con el objeto de que tomen conocimiento y consciencia sobre esta problemática nacional.

Asimismo, sobre la base de estos informes podrían elaborarse propuestas normativas; por ello, es sumamente relevante esta función.

V.5. Debe tener un oficial de cumplimiento público nacional

A través de este se investigarán aquellas denuncias de presuntas irregularidades, abusos de poder, fraudes, aprovechamiento de recursos públicos, corrupción, vulneración de la normativa administrativa en

materia de *public compliance*, del Código de Ética de la Función Pública y de la normativa en general que pudieran haber cometido los altos funcionarios públicos del Gobierno central, el Parlamento y el Poder Judicial.

En caso de denuncias dirigidas contra otros funcionarios o servidores públicos, las investigaciones serán realizadas por los oficiales de cumplimiento de cada organismo público, pero darán cuenta a la Oficialía de Cumplimiento Público Nacional.

Esto implica cambios normativos, pues en la actualidad los oficiales de cumplimiento o de integridad de cada organismo público han de responder a la agencia anticorrupción principal, lo que garantizará su independencia frente a la institución pública.

En el mismo sentido, cada oficial de cumplimiento de las agencias anticorrupción descentralizadas dará cuenta de sus investigaciones a la Oficialía de Cumplimiento Público Nacional.

Cada Oficialía de Cumplimiento, sea de un organismo público o de las agencias anticorrupción descentralizadas, propondrá a la Oficialía de Cumplimiento Público Nacional una sanción al funcionario público, la cual se impondrá a través de una resolución debidamente motivada. En caso de impugnación, resolverá el órgano colegiado de la agencia anticorrupción principal.

Como resulta evidente, si de los hechos se desprende la comisión de un ilícito penal, se dará cuenta de inmediato al Ministerio Público, se suspenderá la investigación y se coadyuvará con las autoridades a la investigación y en todo cuanto sea pertinente.

V.6. Proponer acciones colectivas en materia de prevención de riesgos penales, sobre todo del riesgo de corrupción

Dentro de estas nuevas estrategias de lucha contra la corrupción tenemos las acciones colectivas, que fueron desarrolladas en un principio por el World Bank Institute (WBI), el Pacto Global de las Naciones Unidas y CIPE, entre otros⁴⁷. Sobre este aspecto, Nieto Martín sostiene lo siguiente:

[E]ste tipo de acciones colectivas ha sido particularmente importantes en la conformación de programas de cumplimiento, como muestra el caso de la iniciativa de la industria de armamento en los Estados Unidos (Defense Integrity Initiative o en la UE el International Forum on Business Ethical Conduct for the Aerospace and Defense Industry) o, entre nosotros, la industria farmacéutica (Farmaindustria) en materia de corrupción⁴⁸.

Pues bien, resulta que una situación similar debería ocurrir desde la Administración pública, la cual, a través de la agencia anticorrupción principal, debería proponer acciones colectivas para que los principales actores económicos privados puedan definir sus propias estrategias en materia de prevención de riesgos penales y, sobre todo, del riesgo de corrupción.

Así, se pasaría de una privatización en la lucha contra la corrupción a un trabajo conjunto (público-privado), en el que la

agencia anticorrupción principal aportaría su experiencia y conocimiento para el establecimiento de las acciones colectivas.

V.7. Realizar una supervisión y mantener un archivo de los informes de cumplimiento que le envíen los sujetos obligados en materia de prevención y lucha contra la corrupción en la Administración pública

La agencia anticorrupción principal debería cumplir un papel similar al de las unidades de inteligencia financiera (UIF), pero en materia de prevención y lucha contra la corrupción en la Administración pública.

En este sentido, cada organismo público se convertirá en sujeto obligado a informar anualmente a cada agencia anticorrupción que las supervise, sea la agencia anticorrupción principal o una descentralizada, sobre los avances en la implementación del *public compliance*, las deficiencias que hubiesen encontrado en el proceso de implementación y puesta en marcha, las oportunidades de mejora, los puntos más sensibles de incumplimiento y los riesgos propios que cada organismo haya detectado y los evalúe como necesarios de prevención.

VI. Algunos avances en materia de *public compliance* en diversas instituciones del Estado peruano

VI.1. La política antisoborno de la Contraloría General de la República

A través de la Resolución de Contraloría 092-2021-CG, publicada en *El Peruano* el 31 de marzo de 2021, se aprobó la Política y Objetivos de Gestión Antisoborno de la Contraloría General de la República.

⁴⁷ M. Kleinhempel y G. Cecchini, «Acciones colectivas contra la corrupción», *op. cit.*, 249.

⁴⁸ A. Nieto Martín, «Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento», *op. cit.*, 119.

De una lectura de este documento podemos apreciar que la Contraloría General de la República ha implementado un programa de *compliance* antisoborno y que, en teoría, debe ser conforme con la norma ISO 37001:2017. Asimismo, apreciamos que en este documento se declara que la lucha contra el soborno es una prioridad. En consecuencia, dicha entidad se compromete a lo siguiente:

1. Prohibir actos de soborno;
2. Promover el comportamiento ético;
3. Fortalecer los mecanismos de denuncias contra actos de soborno, que garanticen el tratamiento confidencial y la protección de los denunciantes;
4. Exigir el cumplimiento de la normativa vinculada a la gestión antisoborno y sancionar a los colaboradores que realicen actos de soborno en la entidad;
5. Asegurar la autoridad e independencia del responsable de la función de cumplimiento antisoborno para la adecuada implementación y mantenimiento del Sistema de Gestión Antisoborno de la Contraloría General de la República;
6. Asegurar el cumplimiento de la norma ISO 37001:2017.

A quienes se dedican al asesoramiento en materia de *criminal compliance* no les resulta extraña la existencia de las políticas de *compliance* penal. En este sentido, podemos apreciar críticamente que la Política Antisoborno de la Contraloría General de la República está estructurada como un documento declarativo de buenas intenciones, pero no como un documento operativo que explique el funcionamiento de la política de *compliance* penal en sí misma.

Lo expuesto nos permite apreciar que, de existir una agencia anticorrupción con competencia nacional, conforme a nuestra propuesta, se habría emitido un lineamiento general para la estructuración de los programas de *compliance* en la Administración pública y, de seguro, la política anti-soborno que estamos valorando hubiera cumplido con los requisitos técnicos de los estándares internacionales en materia de *compliance*, como es el estándar ISO 37001:2017.

VI.2. Lineamiento corporativo para la prevención de delito de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe)

Este lineamiento corporativo se aprobó mediante Resolución de Dirección Ejecutiva 028-2021/DE-FONAFE, emitida como parte de la implementación del Sistema de Gestión Anticorrupción (SGAC) del Fonafe.

De una lectura de este documento podemos apreciar que tiene como objetivo el establecimiento de directrices generales para la prevención y detección de actos corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, de acuerdo con los estándares de la Ley 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, y su Reglamento, así como de la Resolución SBS 369-2018, Norma para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, aplicable a los sujetos obligados bajo el Sistema Acotado, y la Resolución SBS 789-2018, Norma para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terroris-

mo, aplicable a los sujetos obligados bajo supervisión de la UIF-Perú.

Al revisar este documento, podemos apreciar de su estructura y contenido que se cumple con los estándares internacionales en materia de *compliance*, como es la ISO 37301:2017, a diferencia de la Política Antisoborno de la Contraloría General de la República.

VI.3. Política Antisoborno del Poder Judicial

A través de la Resolución Administrativa 383-2019-CE-PJ, de fecha 18 de setiembre de 2019, se aprobó la Organización del Sistema de Gestión Antisoborno de la Gerencia General del Poder Judicial.

En este marco, se emitió la Política Antisoborno en el Poder Judicial, en el que tan solo se menciona que el Poder Judicial rechaza y prohíbe expresamente el soborno en cualquiera de sus formas y se compromete a:

1. Promover comportamientos éticos en los jueces, funcionarios y servidores, e incentivar el planteamiento de inquietudes y denuncias;
2. Cumplir con los requisitos del Sistema de Gestión Antisoborno y buscar su mejora continua;
3. Cumplir con el marco legal aplicable en materia de prevención del soborno.

Debemos señalar que, recientemente, el Poder Judicial recibió formalmente la certificación de su Sistema de Gestión Antisoborno de la norma técnica ISO 37001:2016, por parte de la empresa certificadora Global Certification Bureau⁴⁹.

⁴⁹ Véase «Poder Judicial recibe formalmente certificación del Sistema de Gestión Antisoborno ISO 37001», *gob.pe*.

VI.4. Valoración crítica

Hemos observado que existen instituciones públicas que vienen desarrollando serios esfuerzos en implementar programas de *public compliance*, algunos de los cuales están más avanzados que otros, como es el caso del Poder Judicial en comparación de la Contraloría General de la República, el cual incluso cuenta con certificación técnica; o, como puede ser el caso de Fonafe en comparación con la Contraloría General de la República, ya que la política elaborada por la primera institución dista en demasía con relación a su calidad técnica y operativa en comparación con la política de la segunda institución.

No puede ser admisible que en materia de *public compliance* veamos que, en nuestro país, hay instituciones públicas que, lamentablemente, vienen implementando políticas que distan de ser serias y que, en teoría, se podrían calificar como *paper compliance*; mientras que otras instituciones sí han implementado políticas y hasta sistemas de *compliance* con certificaciones.

Esta marcada diferencia puede deberse al hecho de que, en nuestro país, carecemos de una agencia anticorrupción con clara autoridad nacional, conforme a nuestra propuesta, que pueda liderar y asesorar en el proceso de implementación del *public compliance* en todos los niveles de la Administración pública. De hecho, de existir una agencia anticorrupción como la que proponemos, estamos seguros de que no encontraríamos documentos en materia de *public compliance* tan diferentes en cuanto a calidad técnica y operativa entre las diversas instituciones de la Administración pública.

Conclusiones

Consideramos que no existe un modelo único ni perfecto de agencia anticorrupción, sino que lo deseable es la efectividad de esta agencia. En este sentido, el modelo elegido debe recoger las principales características de cada una de las agencias anticorrupción analizadas.

Por ello, el modelo de agencia anticorrupción que proponemos es mixto e inclusivo, con competencias amplias, donde existiría una agencia anticorrupción principal, propia del Gobierno central, Parlamento y Poder Judicial, y agencias anticorrupción descentralizadas por cada nivel de administración regional y local, las cuales respondan a la agencia principal.

Es importante que la agencia anticorrupción principal esté dotada de independencia, autoridad y de competencias amplias, sobre todo en materia de *public compliance*, pues debe liderar y asesorar la implementación de este en todas las entidades públicas que conforman la Administración pública, en todo nivel de gobierno y en los clásicos tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

El papel que estas agencias anticorrupción cumplirán en materia de *public compliance* es fundamental, pues permitirá que en el marco de las propias instituciones públicas no existan documentos en materia de *public compliance* que sean tan diferentes en cuanto a su calidad técnica y operativa, como los que hemos analizado en la presente investigación. Por ello, se debe buscar uniformizar la calidad de estos sistemas.

Naturalmente, esta propuesta es una primera aproximación a la materia objeto de

estudio, que podría ser corroborada o descartada conforme se analicen otras agencias anticorrupción —de otros sistemas jurídicos—, así como la evidencia sobre el funcionamiento de cada una de ellas (esto es, casos resueltos, lineamientos expuestos, políticas aprobadas, índices de reducción de la corrupción, entre otros).

Bibliografía

Agencia Anticorrupción peruana. «Lineamientos para la Creación de Comisiones Regionales Anticorrupción». <https://bit.ly/3gRI1XW>

Autorità Nazionale Anticorruzione. Delibera n. 782 Adunanza del 4 settembre 2019. <https://bit.ly/34ZY1oK>

Campos Acuña, María Concepción. «Posibilidades del *compliance* en la contratación pública: Elementos clave para su utilización». En Castillo Blanco, Federico (coord.). *Compliance e integridad en el sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 215-250.

Carloni, E. «El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 7 (2017): 86-102.

Cerillo i Martínez, A. «Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la administración local». *Anuario del Gobierno Local*, (2011): 277-313.

Díaz Getino, J. E.; Torija Herrero, S. «Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción». *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 2 (2016): 1-23.

Gutiérrez, E. «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales». *Política Criminal*, 13, 25 (2018): 104-143.

Kindhäuser, Urs. «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán». *Política criminal*, 2, 3 (2007): 1-18.

Kleinhempel, M.; Cecchini, G. «Acciones colectivas contra la corrupción». En Sacconi, R., Morales, G. (dirs.). *Tratado de compliance*. (T. I). Argentina: La Ley, 2018, 247-271.

Lamo de Espinosa, E. «Corrupción política y ética económica». En Laporta San Miguel, F.; Álvarez Medina, S. (coord.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, 271-292.

Malem Seña, J. F. «El fenómeno de la corrupción». En Laporta San Miguel, F.; Álvarez Medina, S. (coords.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, 71-90.

Nieto Martín, A. «La privatización de la lucha contra la corrupción». En Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A. (dirs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 191-210.

Nieto Martín, A. «De la ética pública al *public compliance*: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas». En Nieto Martín, A.; Maroto Calatayud, M. (dirs.). *Public compliance. Prevención de la corrupción en administra-*

ciones públicas y partidos políticos. Valencia: Tirant lo Blanch, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Marino Barbero, 2014, 17-42.

Nieto Martín, A. «Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento». En Nieto Martín, A. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 111-134.

«Poder Judicial recibe formalmente certificación del Sistema de Gestión Antisoborno ISO 37001», *gob.pe*. <https://bit.ly/33pZiH4>

Rotsch, T. «Corrupción y *compliance*». En Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.). *Estrategias penales y procesales penales de lucha contra la corrupción*. Madrid: Marcial Pons, 2018, 227-241.

Sánchez Morón, M. «La corrupción y los problemas del control de las Administraciones públicas». Laporta San Miguel, F.; Álvarez Medina, S. (coords.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, 189-210.

Sieber, U. «Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica». En Urquiza Olachea, J.; Abanto Vázquez, M.; Salazar Sánchez, N. (coords.). *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal*. Homenaje a Klaus Tiedemann. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011, 205-246.

Sota Sánchez, Percy André. «Agencias Anticorrupción y *public compliance*». *Actualidad Penal*, 76 (2020): 295-322.

NO TENEMOS OTRO AMO QUE LA PALABRA DE LA LEY: PRINCIPIOS QUE LIMITAN EL PODER PUNITIVO

*We have no master other than the word of the law:
Principles that limit punitive power*

Autor: César Deonicio Jara Espinoza*

REVISTA

LP Derecho

**César Deonicio
Jara Espinoza**

«No tenemos otro amo que la palabra de la ley: Principios que limitan el poder punitivo».

Revista LP Derecho.

2 (2022): 94-106.

Recibido: 28/11/2021

Aprobado: 22/1/2022

Resumen

El propósito del presente trabajo es brindar algunos alcances jurídicos y reflexiones sobre la importancia de atender a los principios que limitan al poder punitivo estatal en el siglo XXI, en el que se enarbola un Estado de derecho con especial énfasis en los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad y mínima intervención del derecho penal, teniendo como base legal el vigente Código Penal peruano de 1991. Asimismo, podremos encontrar algunas referencias jurisprudenciales que nos sirvan de respaldo ilustrativo.

Palabras clave

Poder punitivo, límite, principios del derecho penal.

Abstract

The purpose of this work is to provide some legal scope and reflections on the importance of attending to the principles that limit the punitive power of the State in the XXI century, where a Rule of Law is raised, with special emphasis on the principles of legality, harmfulness, proportionality, and the principle of minimum intervention of criminal law, having as legal basis the Peruvian Criminal Code in force of 1991. Also, we can find some jurisprudential references that serve as illustrative support.

Keywords

Punitive power, limit, principles of criminal law.

* Estudiante de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, presidente del círculo de estudios Ideas Jurídicas, Correo electrónico: César. Newjarce@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-6533-8067>

Introducción

En la medida en que el derecho penal va adquiriendo mayor incidencia en la represión de conductas delictuosas, esta causa mayor vulneración de derechos fundamentales. A decir verdad, el Estado, al ostentar el monopolio del *ius puniendi*, tiene la capacidad de imponer sanciones, tales como penas privativas de libertad, penas restrictivas de la libertad, penas limitativas de derechos y multas. Asimismo, se vienen implementando los grilletes electrónicos. En tal sentido, el presente trabajo pretende que los estudiantes y operadores del derecho tratemos de conocer el carácter obligatorio de los principios que nos permiten limitar ese poder punitivo estatal.

Es cierto que auguramos una sociedad cada vez más humanizada, en la cual se garantice verdaderamente el respeto irrestricto de los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano; sin embargo, muchas veces es el propio Estado, a través de su poder represivo, el que violenta tales derechos. He aquí la importancia de traer a colación algunos de los principios que iré explicando en el presente artículo.

I. Delimitación conceptual

Antes de ahondar en cada uno de los principios que limitan el poder punitivo, es menester brindar una delimitación conceptual sobre qué entendemos por «principio». Este vocablo proviene etimológicamente del latín *principium*, que significa ‘origen’, ‘inicio’, ‘comienzo’. En el campo del derecho, y específicamente en la rama del derecho penal, existen distintas concepciones dogmáticas que intentan

definirlo. No obstante, solo haré especial referencia a algunas de ellas. Así, considero que los principios son aquellas bases o parámetros que sirven de orientación y límite en la aplicación del derecho.

Ahora bien, algunos filósofos del derecho tienen perspectivas bien marcadas con respecto a la delimitación conceptual de los principios; por ejemplo, Ronald Dworkin y los principios jurídicos como estándares o Manuel Atienza y los principios jurídicos como normas de carácter muy general. Particularmente, simpatizo con la teoría de Robert Alexy y los principios jurídicos como mandatos de optimización.

En síntesis, la teoría de Robert Alexy distingue entre «normas regla» y «normas principio» de la siguiente manera:

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos [...] en cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y

no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio¹.

Una vez brindada una aproximación conceptual de «principio», corresponde referirnos a los principios que limitan el poder punitivo estatal, los cuales se encuentran consagrados en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, así como se desprenden de la Constitución Política del Perú de 1993.

II. Principio de legalidad

En la trilogía universal de persona humana, sociedad y Estado, la primera está sometida a la verosimilitud de desviarse de los lineamientos del marco jurídico, afectando a otro miembro de la sociedad mediante la exteriorización de conductas que, orientadas a la comisión de delitos o faltas, sancionados por el Código Penal, para su represión por parte del poder punitivo estatal, es decir, aquella facultad de imponer penas que ostenta monopólicamente el Estado a través de sus órganos judiciales.

Ahora bien, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, no se configuraría la sanción correspondiente si dicha conducta no se encuentra previamente establecida como delictiva. Para tal efecto, el principio de legalidad es un mecanismo legítimo para limitar al poder punitivo del Estado, así como para evitar trasgresiones y arbitrariedades al momento de sancionar a los sujetos responsables. Como indica Villavicencio Terreros, «el principio de legalidad es

el límite principal de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita [...] se trata de un límite típico de un Estado de derecho»².

El surgimiento del principio de legalidad es de origen moderno. Surgió para reemplazar las arbitrariedades por parte de los gobernantes que, en épocas pasadas, tenían un poder absoluto. Ello fue superado, y así se consolidó el Estado de derecho. En la actualidad, toda persona, sociedad y Estado están sometidos a la voluntad expresamente establecida en la ley. La prohibición normativa que se describe en ella debe ser conocida previamente (*lex praevia*); debe contener la base legal sencilla y precisa para que sea comprendida por la sociedad (*lex certa*). Pero esto no basta para ser legítima, ya que es necesario que esté explícitamente descrita en una norma (*lex scripta*).

Es interesante señalar algunos aspectos esenciales de la evolución legislativa del principio de legalidad en el historial del derecho peruano. Así, culminadas las luchas independentistas para instaurar la República del Perú, se enmarca el principio de legalidad como garantía fundamental para la protección de la libertad civil. Aparece solo a partir de la tercera ley fundamental propiamente peruana, la Constitución Política de 1828, que establece expresamente en su artículo 150 lo siguiente: «Ningún peruano está obligado hacer lo que no manda la ley o impedido hacer lo que ella no prohíbe».

En esa línea, las Constituciones posteriores consagraron el principio de legalidad. Así lo tenemos reflejado en la actual Constitución

¹ Citado en R. Islas Montes, «Principios jurídicos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (2011): 402-403. Cita correspondiente a R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. (Madrid: CEC, 1993), 86-87.

² F. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*. (Lima: Grilley, 2013), 89.

de 1993, artículo 2, inciso 24, literal a): «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe». Sumado a ello, corresponde hacer referencia, en el ámbito del derecho penal, a lo que expresa Hurtado Pozo con relación a Manuel Lorenzo de Vidaurre, antiguo oidor de la Audiencia del Cusco (1811):

En el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo Vidaurre, que fue el primer paso legislativo en el Perú en materia penal, y cuyo autor se inspiró en las obras de Beccaria, Rousseau, Montesquieu, Locke, no figura expresamente el principio de legalidad; sin embargo, sus disposiciones la presuponen, como ejemplo basta citar la disposición 34, que estatuye: «Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado»³.

Dentro de ese marco, ahora importa ubicar la base normativa del principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico penal, que con especial énfasis encontramos dentro de los principios del Título Preliminar del Código Penal de 1991:

Artículo II. Principio de Legalidad

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentran establecidas en ella.

³ J. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*. (Lima: Eddili, 1987).

Debemos al jurista alemán Anselm von Feuerbach el apotegma en latín *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que se traduce en «Ningún delito, ninguna pena sin ley previa». Tomando en cuenta ello, para coadyuvar a la cabal comprensión del principio de legalidad por parte de los estudiantes y operadores del derecho, es menester previamente tomar en consideración lo señalado por la Corte Suprema:

El principio de legalidad impone tres exigencias concurrentes: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Entonces el principio de legalidad se configura como un principio, pero también como un derecho constitucional de todos los ciudadanos, ya que protege el derecho de no ser sancionados por supuestos no previstos en forma clara e inequívoca en una norma jurídica⁴.

En relación con la idea anterior, el principio de legalidad comprende cuatro tipologías, tal como se detalla en párrafos siguientes.

II.1. *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

Como hemos visto anteriormente, este principio limita el poder penal del Estado a fin de que se consideren conductas delictivas solo las que estén expresamente escritas (*lex scripta*) en un texto normativo para conocimiento público; es por ello que se traduce «no hay delito, no hay pena sin ley escrita». Esto es reflejo de un Estado de

⁴ Casación 11-2007-La Libertad.

derecho que fija parámetros normativos a las conductas humanas a través de un marco legal.

En esa línea, Hurtado Pozo refiere:

El derecho penal peruano, como todo sistema moderno, es un derecho escrito. Es correcto, por lo tanto, decir «Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta»; lo que comporta una prohibición dirigida al juez a fin de que no recurra al derecho consuetudinario para determinar si una acción es delictuosa, o para fundamentar la imposición o agravación de una sanción establecida en la ley⁵.

En conclusión, el principio de legalidad tiende a excluir al derecho consuetudinario como posible fuente del derecho penal, es decir, que se considera a la ley como única fuente del derecho penal peruano.

II.1.1. Jurisprudencia

[...] si bien el Estado en defensa de los bienes que protege, señala los actos que la menoscaban o perjudican considerándolos como delitos y fijándoles una pena, también como contrapartida están los derechos humanos del infractor, que solo puede ser condenado por delito cuando su conducta esté subsumida cabalmente en la norma que le dé ese carácter y solo puede aplicarse la pena prevista en ella, quedando sujeto a esos parámetros la función punitiva, evitándose así la arbitrariedad o el abuso⁶.

⁵ J. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal*, op. cit., 143.

⁶ Recurso de Nulidad 4715-99, Lima, 6 de abril de 2000.

II.2. *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

Al momento de determinar el comportamiento incriminado, los legisladores elaboraron modelos abstractos de tipos legales que fuesen conocidos por la sociedad. Dicho «tipo legal» o «tipo penal» debe estar descrito con la mayor claridad y precisión posibles; asimismo, debe evitar el uso de tecnicismos o términos vagos que distorsionen la efectiva comprensión del «querer decir de la norma». De allí que este principio se traduzca como «no hay delito, no hay pena sin ley cierta». Esta certeza facilita la aplicación del tipo penal en el caso concreto por parte de los órganos jurisdiccionales.

Vale recordar aquí lo que indicaba Beccaria: «¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas⁷. Con mucha razón se exige, pues, que el lenguaje jurídico sea de total claridad y certeza.

II.2.1. Jurisprudencia

El principio de legalidad que rige al derecho penal tiene cuatro manifestaciones, dentro de las cuales se cuenta el mandado de determinación —*lex certa*—, por el cual se exige que la conducta punible esté descrita en la ley penal para poder ser sancionada, tal como lo prescribe el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. «[...] El derecho penal, como sistema de control social, necesita para diferenciarse de otros medios de control social del principio de legalidad, y con especial énfasis, del man-

⁷ C. Beccaria. *Tratado de los delitos y de las penas*. (Sao Paulo: Heliasta, 1993), 159.

dato de determinación que de esta deriva. La determinación precisa de la conducta punible es lo esencial del derecho penal en su condición de sistema de control social»⁸.

II.3. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

Para el estudio de la presente tipología, es preciso mencionar previamente el respaldo constitucional. Como explica didácticamente el profesor Chanamé Orbe⁹, en lo estipulado por el artículo 139, inciso 9, «el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos», el latinismo se traduce en que no hay delito ni pena por aplicación de analogía de la ley penal. En ese rumbo, también tenemos como base legal el Código Penal, que señala lo siguiente:

Artículo III. Prohibición de la analogía

No está permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

En esencia, este principio apunta a que no se pueden crear delitos o tipos penales por analogía, ni tampoco agravar o atenuar, dado que —de manera errónea— se podría suponer que un único tipo penal puede ser aplicado a casos parecidos. Conviene no confundir los términos *analogía* e *interpretación extensiva*, puesto que contienen diferentes concepciones.

Así, la analogía consiste en la creación de un nuevo supuesto similar a un tipo penal ya existente. De ese modo, en la doctrina se suele diferenciar mayoritariamente la analogía *in bonam partem* (analogía favorable al inculcado, que crea causales de extinción de punibilidad o las atenúa); en opinión que comparto, se admite este tipo de analogía como aceptable. En cambio, la analogía *in malam partem* (es decir, que perjudica la imputación del inculcado) está absolutamente prohibida.

De los diversos métodos de los que hace uso el derecho penal, la interpretación extensiva se presenta, como bien expresa Bramont Arias, «cuando el intérprete estima que se debe cumplir el alcance de las palabras legales para que la letra se corresponda con el espíritu y la voluntad que el legislador quiso plasmar»¹⁰.

II.3.1. Jurisprudencia

El principio de inaplicabilidad por analogía es [un] derecho subjetivo constitucional de los justiciables [...]. En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes solo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos¹¹.

⁸ Recurso de Nulidad 1623-2014-Lima, 20 de octubre de 2015.

⁹ R. Chanamé Orbe, *Constitución Política del Perú. Didáctica. Explicada en diagramas*. (Lima: Grijley, 2019), 147.

¹⁰ L. Bramont Arias, *Manual de derecho penal. Parte general*. (Lima: Eddili, 2002), 214.

¹¹ Expediente 2235-2004-AA/TC-2002-AI/TC (caso Grimaldo Saturnino Chong Vásquez).

II.4. *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

Se traduce como «no hay delito, no hay pena sin ley previa», es decir, en la aplicación temporal de una ley penal, esta debe existir antes de la exteriorización de aquellas conductas humanas que se desea prohibir. En efecto, la existencia de la ley penal solo podrá castigar conductas posteriores al tiempo de su entrada en vigencia (por irretroactividad de la norma). Los tipos penales, conforme a este apotegma, solo pueden aplicarse desde su entrada en vigencia hasta su derogación.

Resulta claro que en la exigencia de una ley previa se expresa la consagración del principio de irretroactividad de la ley penal: si para que un hecho pueda ser castigado la conducta y la pena deben estar declaradas por una ley anterior a su comisión, es claro que la ley dictada *ex post facto* no puede tener aplicación retroactiva. Debemos tener en cuenta que la irretroactividad de las normas no es absoluta, tal como lo indica el profesor Villavicencio: «La irretroactividad de la norma rige *in malam partem*, es decir, cuando es desfavorable al inculpado. Por el contrario, se admite cuando la beneficia (retroactividad benigna), por ello, la prohibición de retroactividad de la ley penal no es, en principio, absoluto»¹².

II.4.1. Jurisprudencia

La garantía de *lex praevia* se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, la misma debe estar

prevista como delito con anterioridad a su realización; en tal sentido, la ley penal creadora de delitos solo tiene efectos *ex nunc* (desde el momento en que se crea hacia el futuro: por regla general hasta que sea derogada), pero no *ex tunc* (retrotrayendo sus efectos a acciones anteriores). [...] Con dicha garantía se restringe también la aplicación de consecuencias jurídicas que no hayan estado previstas con anterioridad a la comisión del delito y que agraven la situación jurídica del imputado¹³.

III. Principio de lesividad

Por su parte, el principio de lesividad, también llamado «principio de ofensividad», está consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que estipula lo siguiente: «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley», traducida en el apotegma *Nullum crimen sine iniuria*.

El fundamento del derecho penal es la tutela jurídica. De esta idea se desprende que, cuando no existe violación de derechos, la espada de la justicia no puede descargar sus golpes. Cuando una criatura humana no ha atentado contra el derecho de otra, razón tiene de exigir que no se atente contra su persona y de gritar que es injusta la mano, cualquiera que ella sea, que pretenda golpearla¹⁴. Pero, en caso de que una persona atente contra los derechos de otro, está legitimada la intervención del derecho penal como un mecanismo de control social formal.

¹² F. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 142.

¹³ Casación 456- 2021-Del Santa.

¹⁴ F. Carrara, *Derecho penal*. (México: Editorial Harla, 1995), 32.

No obstante, la intervención del derecho penal se encuentra limitada por el principio de lesividad. Ello consiste en que la conducta humana, para que pueda ser imputada, previamente debe haber ocasionado una lesión o puesta en peligro de los llamados «bienes jurídicos protegidos», que pasaremos a explicar.

III.1. ¿Qué es un bien jurídico protegido?

Permítanme desentrañar el significado de *bien jurídico*, que en reiteradas ocasiones leemos en textos jurídico-penales, y que suele dejar absortos, específicamente, a quienes se inician en el estudio del derecho.

Se explica que la intervención punitiva del Estado solo se legitima cuando protege bienes jurídicos. Es así que, como *bien jurídico*, entendemos aquellos valores fundamentales predominantes en una sociedad, que se encuentran tutelados en cada tipo penal y a los cuales el Estado brinda protección. Esta protección se da mediante la represión de conductas humanas que lesionen o pongan en peligro esos valores. Es decir, como sostiene Binding, «el bien jurídico abarca todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de comunidad jurídica, es valioso para esta»¹⁵.

Conviene agregar que, cuando se hace mención al bien jurídico en el derecho penal, no hace referencia a que absolutamente todos los bienes jurídicos han de ser tutelados penalmente, sino —como es evidente— solo los bienes jurídicos-penales, cuya protección requiere la necesaria intervención del *ius puniendi* estatal.

El legislador extraerá el bien jurídico-penal del «todo», que es el bien jurídico. Realizando el proceso de criminalización primaria¹⁶, debe atender previamente al principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal. Cabe tener en cuenta lo señalado por Bramont Arias: «Los bienes jurídicos protegidos son cambiantes, esto se manifiesta en la “penalización” de ciertas conductas, como los delitos contra el orden económico, contra el medio ambiente, el delito tributario, y a la vez en la “despenalización” de otras como el adulterio, la riña, el duelo, etcétera»¹⁷.

Finalmente, hemos podido comprender en un sentido amplio el principio de lesividad o de ofensividad mencionando los postulados de grandes personajes del derecho. Atendiendo a ello, podemos concluir manifestando que el derecho penal, como mecanismo de control social formal, solo interviene con su capacidad de represión de aquellas conductas humanas lesivas o que pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal vigente. Tan es así que nuestro actual Código Penal de 1991, en su parte especial, contiene una serie de normas que protegen por lo menos un bien jurídico. Por ejemplo, se protege la vida (en el delito de homicidio), el honor (delitos de injuria o calumnia), la libertad sexual (delitos de violación sexual); esos son algunos de los bienes jurídicos que podemos encontrar.

Por último, agrego un extracto de la obra del jurista Fernández Carrasquilla:

¹⁵ P. García Caverro, *Derecho penal. Parte general*. (Lima: Ideas Solución, 2019), 115.

¹⁶ La criminalización primaria viene a ser el poder de decisión a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas.

¹⁷ L. Bramont Arias, *Manual de derecho penal. Parte general*, op. cit., 92.

Todo ello con la finalidad de que el derecho penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica. Dicho negativamente, lo que el derecho penal puede y quiere evitar es la guerra general, la lucha impacífica de todos contra todos o, como antes se decía, la disolución del orden social¹⁸.

III.2. Jurisprudencia

En virtud del [principio de lesividad], en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo; que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad parcial o relativa de la conducta delictiva; que, en consecuencia, para la configuración del tipo penal del delito de hurto agravado es imprescindible individualizar al sujeto pasivo, titular del bien o bienes muebles afectados, que, en el caso de autos, al considerar como uno de los agraviados a personas desconocidas, no se ha identificado ni individualizado al sujeto pasivo en la comisión del evento delictivo que se le atribuye, por lo que resulta procedente también absolverlo de la acusación fiscal en cuanto a este extremo se refiere¹⁹.

¹⁸ J. Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal: la nueva visión político-criminal*. (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992), 92.

¹⁹ Recurso de Nulidad 2529-99-Huánuco, del 5 de agosto de 1999.

IV. Principio de proporcionalidad

Este principio se encuentra en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal de 1991: «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».

Podemos desentrañar el principio de proporcionalidad conforme a la literatura jurídica y a lo que se puede percibir como reflejo en nuestra sociedad. Este principio garantiza la efectiva imposición de la sanción al responsable de la conducta delictiva; es decir, la determinación de la pena debe estar conforme y equilibrada a la magnitud del hecho causado.

De alguna manera, este principio guarda relación con un Estado democrático de derecho, en el que se debe brindar a la persona la protección necesaria cuando esté siendo procesada. Mediante el principio de proporcionalidad se evitan arbitrariedades por parte de los órganos jurisdiccionales: si se demuestra la responsabilidad del procesado, este debe ser sancionado con una pena determinada por el juez, la cual debe ser proporcional al hecho delictivo cometido. Como señala Muñoz Conde, «[e]l principio en análisis es una prohibición legal al exceso en la punición de conductas, y es un derivado del principio de intervención mínima necesaria»²⁰. Y esa prohibición es legítima, porque con ello se impide caer en el error de sancionar según criterios de retribución, como la llamada ley del talión

²⁰ F. Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*. (Barcelona: B de F, 1975), 134.

(«ojo por ojo, diente por diente») o, también erradamente, incurrir en la venganza privada. Dichas sanciones son ilegítimas e inhumanas en pleno siglo XXI.

En tal sentido, el principio de proporcionalidad sirve como límite al poder punitivo del Estado. Cuando se aplica la pena, esta debe guardar relación equilibrada con el daño ocasionado al bien jurídico tutelado, es decir, que en el marco de la criminalización primaria y secundaria este principio está dirigido al ejercicio del poder penal, tanto del Poder Legislativo (que debe legislar o establecer penas proporcionadas en abstracto a la gravedad del delito), como en lo que respecta al Poder Judicial (las penas que impongan los magistrados han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de este)²¹.

IV.1. Jurisprudencia

Para imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena y el *quantum* de estas; por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para individualizarla judicialmente. Dentro de este contexto, debe observarse el principio de proporcionalidad previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que exige valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente,

conforme con el artículo 46 del citado texto legal²².

V. Principio de mínima intervención

Es innegable la importancia del principio de mínima intervención o *ultima ratio* del derecho penal, siendo así que, en un Estado democrático de derecho como el nuestro, tenemos un poder punitivo estatal que legítimamente ejerce su función en las conductas delictuosas. Sin embargo, esta intervención del *ius puniendi* no se da para todas las conductas desvaloradas socialmente, sino solo en aquellas que sean relevantes para el derecho penal, como *ultima ratio*.

En posición propia, considero que el principio de intervención mínima sirve de piedra angular, ya que permite que el poder punitivo —debido a su gravedad— tenga acción solo en los casos que no se pueden solucionar con otros medios de control menos gravosos, resguardando así la dignidad y los derechos de las personas. Como indica Muñoz Conde:

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho²³.

²¹ F. Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 117.

²² Recurso de Nulidad 3512-2013-Lima, del 8 de julio de 2014.

²³ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 107.

En la necesidad de dar una explicación completa, es menester señalar que el principio de mínima intervención contiene dos principios de carácter interdependiente. Nos referimos a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, como se suelen denominar doctrinariamente.

V.1. Principio de subsidiariedad

Para una cabal comprensión de este principio, previamente cabe encontrar la esencia del significado del término *subsidiariamente*, para lo cual recurrimos al *Diccionario jurídico* de Cabanellas, que señala: «Subsidiariamente. Como subsidio. De modo subsidiario o supletorio. En segundo lugar. Como último recurso»²⁴.

Partiendo de dicho significado, entendemos de inmediato que el derecho penal, conforme a su carácter subsidiario, viene a ser el último recurso de que debe hacer uso el Estado, interviniendo solo para sancionar las conductas gravemente dañosas, y lo demás dejarlo a otras ramas del derecho y mecanismos de control menos gravosos, que también puedan dar solución o mantener tolerables los conflictos que emanan del núcleo de la sociedad.

En ese sentido, es preciso destacar lo que sostiene García Caveró:

[...] el principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa; a la cualitativa se entiende, que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del derecho penal [...], pone el ejemplo, la copia

en las evaluaciones universitarias, por más que se realicen frecuentemente y no basten las medidas de control y sanción universitarias, no pueden ser castigadas penalmente [...]; por otra parte, está la manifestación cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos²⁵.

V.2. Principio de fragmentariedad

Es preciso definir un concepto del término *fragmentario*: *fragmentar* es dividir un todo, convertir en fragmentos²⁶. El principio de fragmentariedad (ocuparse de una parte o fragmento) constituye una exigencia garantista relativa a la mínima intervención que limita al poder punitivo estatal. Es decir, el derecho penal, en el ámbito de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, interviene seleccionando solo en las conductas lesivas que tengan mayor grado de perturbación social; por ello se habla del «carácter fragmentario» del derecho penal.

Un gran aporte académico lo encontramos en la obra conjunta de los profesores Francisco Muñoz Conde (catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla) y Mercedes García Arán (catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona), que nos va a permitir fortalecer el estudio del principio de fragmentariedad. Ellos indican lo siguiente:

²⁴ G. Cabanellas Torres, *Diccionario jurídico elemental*. (Buenos Aires: Heliasta, 1979), 300.

²⁵ P. García Caveró, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 136.

²⁶ *Diccionario enciclopédico*. Tomo 3. (Barcelona: Grijalbo, 1986), 827.

Este carácter fragmentario del derecho penal aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico solo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales²⁷.

Conclusiones

El poder punitivo del Estado resulta, cada vez, más transgresor de los derechos fundamentales, de manera especial cuando no atiende a los principios que limitan ese poder. Por lo tanto, es imprescindible que, en todo Estado democrático de derecho, sea de carácter obligatorio su verificación en el desarrollo de una causa de represión penal.

Podemos concluir en que no tenemos otro amo que la palabra de la ley, es decir, hemos superado aquellas épocas en las que regía el poder absoluto, para implantar el gobierno de la voluntad de la ley, en cuyo marco toda conducta humana debe ser conforme con el marco legal vigente. Dicho de otro modo, quien viola las leyes será sancionado por el poder punitivo; sin embargo, la actuación de ese poder se encuentra sujeta a los principios que lo

limitan, tales como el principio de legalidad, el principio de lesividad, el principio de proporcionalidad y —el que considero más importante— el principio del derecho penal como *ultima ratio*.

Bibliografía

Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. *Código Penal*. 8.^a edición. Lima: Apecc, 2019.

Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Sao Paulo: Heliasta, 1993.

Bramont Arias, Luis. *Manual de derecho penal*. Parte general. 2.^a edición. Lima: Eddili, 2002.

Cabanellas Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 1979.

Carrara, Francisco. *Derecho penal*. México: Harla, 1995.

Chanamé Orbe, Raúl. *Constitución Política del Perú. Didáctica. Explicada en diagramas*. 4.^a edición. Lima: Grijley, 2019.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Concepto y límites del derecho penal: la nueva visión político-criminal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992.

García Caverro, Percy. *Derecho penal. Parte general*. 3.^a edición. Lima: Ideas Soluciones, 2019.

García Toma, Víctor. *Introducción al derecho*. 2.^a edición. Lima: Lex & Iuris, 1998.

Grijalbo. *Diccionario enciclopédico*. Barcelona: Grijalbo, 1986.

²⁷ F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 80.

Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2.^a edición. Lima: Eddili, 1987.

Islas Montes, Roberto. «Principios jurídicos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (2011): 402-403.

Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: B de F, 1975.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 8.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2013.

LA REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO: UNA REFERENCIA DESDE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Civil reparation in the crime of abstract danger: A reference from the crimes of public corruption and criminal organization

Autor: Héctor Humberto Mejía Mendo*

REVISTA

LP Derecho

**Héctor Humberto
Mejía Mendo**

«La reparación civil en el delito de peligro abstracto: Una referencia desde los delitos de corrupción pública y organización criminal».

Revista LP Derecho.
2 (2022): 107-125.

Recibido: 30/11/2021

Aprobado: 9/2/2022

Resumen

El presente artículo propone fundamentar la creación de daños resarcibles a consecuencia de los delitos de peligro abstracto. Para ello, se analizarán los elementos que componen el daño objeto de reparación civil en el proceso penal, tales como el carácter personal, futuro en nuestra hipótesis y certeza. Asimismo, citaré algunos criterios justificativos del quantum resarcitorio a modo de propuesta, en especial en los delitos de corrupción pública y organización criminal.

Palabras clave

Delito de peligro abstracto, criterios justificativos, organización criminal, corrupción pública.

Abstract

This article proposes to base the creation of compensable damages because of crimes of abstract danger. To do this, the elements that make up the damage subject to civil reparation in the criminal process will be analyzed, such as personal character, future in our hypothesis and certainty. Likewise, I will cite some justifying criteria for the compensation quantum as a proposal, especially in the crimes of public corruption and criminal organization.

Keywords

Abstract danger crime, justifying criteria, criminal organization, public corruption.

* Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Coordinador del Departamento de Derecho Procesal Penal del semillero de investigación jurídica Kallpa Yachay.

 <https://orcid.org/0000-0002-3913-2452>

Introducción

Un día cualquiera, en la ciudad de Lima, Pablo Martins conduce en estado de ebriedad a través de la Vía Expresa; Juan le vende a Magda 30 gramos de clorhidrato de cocaína en la esquina del colegio Virgen de Fátima¹; Joe constituye una organización criminal dedicada a los delitos de trata de personas; o, simplemente, alguien porta un arma operativa sin los requisitos que exige la ley. Lo que tienen en común estas conductas es que son sancionadas por el Código Penal al constituirse como injustos penales, conocidos dogmáticamente como «delitos de peligro abstracto».

«En ellos, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil extracontractual»²; entonces, «la operatividad de la función resarcitoria supone necesariamente la existencia de un daño como presupuesto medular para su aplicabilidad»³. Así, la sola realización de un delito no basta para establecer la reparación civil, sino que, como consecuencia de ese injusto, se haya generado un daño al titular del bien jurídico (ofendido) o a un tercero perjudicado por las consecuencias de ese delito.

En tal sentido, la presente investigación aborda en un primer momento el funda-

mento para legitimar la generación de un daño como consecuencia de un delito de peligro abstracto; por ejemplo, colusión simple, organización criminal, etc. En puridad, se deja sentado —o, al menos, esa es la pretensión académica— que sea posible la reparación civil en los delitos *sub comento*.

Posteriormente, se deja un breve concepto acerca de los criterios justificativos para solicitar o adoptar una decisión cuya naturaleza ha quedado establecida *ut supra*. Asimismo, sobre la base del daño resarcible proveniente de un delito de peligro abstracto, creo conveniente exponer algunas propuestas justificativas para su cuantificación en los delitos de corrupción pública y organización criminal; claro está, estas podrían utilizarse en otros delitos cuya naturaleza dogmática sea la analizada.

I. El delito de peligro abstracto genera un daño resarcible

Un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil es, sin lugar a dudas, el aspecto objetivo del daño causado, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil. En ese sentido, se produce como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, sea en el ámbito contractual o extracontractual, ya que en caso contrario no existirá ningún sustento para el nacimiento de la obligación legal de indemnizar⁴.

¹ E. J. Villanueva Juipa, «Análisis de la reparación civil en los delitos de peligro abstracto. Los problemas del daño civil en el Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116». *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 98 (2017): 45-67.

² M. Roig Torres, *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 125.

³ J. E. Jalil, *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios. Cómo preparar la demanda y determinar las bases para la cuantificación de los daños y perjuicios* (Buenos Aires: Hammurabi, 2020), 264.

⁴ L. Taboada Córdova, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por*

Como es evidente:

[...] en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro; mientras que en el campo contractual dicho daño deberá ser consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes⁵.

Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de la comisión de un ilícito penal no solo significa la lesión o puesta en peligro de alguna de las condiciones imprescindibles que aseguran la participación social del individuo (bienes jurídicos), sino que, con la realización de una conducta típica y antijurídica, también nace la obligación de resarcir los daños, materiales o no, sufridos por la víctima. Dicho de otra forma, «la idea de que es preciso responder por el daño causado a otro (*neminem laedere*) es un postulado elemental en la teoría de la justicia y del derecho, un axioma jurídico, y se encuentra en los estratos más profundos de la evolución que conduce a la noción moderna de la obligación»⁶.

En consecuencia, habría que definir propiamente el daño generado. Roig sostiene

lo siguiente: «El daño no es sino la privación “ilegítima de un objeto a su legítimo poseedor, ya sea que se causen daños en algún bien, o se ocasionen perjuicios materiales o morales a alguna persona *jurídica*»⁷, la cual se convierte en el objeto de la reparación civil en el proceso penal.

Con la breve referencia conceptual genérica de daño, considero que para definir el daño resarcible generado por los delitos de peligro abstracto es indispensable analizar los requisitos o elementos que conforman el daño:

- a) «El carácter personal del daño exige que la lesión-consecuencia recaiga sobre un interés propio»⁸, sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, de una persona natural o jurídica. En ese contexto, resulta evidente que estos delitos protegen bienes jurídicos colectivos (tranquilidad, salud o seguridad pública), en los cuales es titular el Estado (persona jurídica); por tanto, recae sobre él la lesión-consecuencia. Por ejemplo, la constitución de una organización criminal afecta la imagen institucional del Mininter (daño moral), genera excesivos costos administrativos para la desarticulación (daño emergente) o la pérdida de inversión privada por la zozobra (lucro cesante), entre otros.
- b) Estos delitos se presentan como daños futuros cuyos efectos nocivos no se han concretado, pero existe la plena seguridad de hacerse resarcibles. Verbigracia, la tenencia ilegal de armas de fuego a

el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, 2.ª edición (Lima: Grijley, 2003), 59-60.

⁵ *Id.*

⁶ J. E. Gomá Salcedo, *Instituciones de derecho civil y foral*, tomo II (Barcelona: Bosch, 2005), 901; Y. Montoya Vivanco (coord.), *Manual sobre delitos contra la Administración pública* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 86.

⁷ M. Roig Torres, *La reparación del daño causado por el delito*, *op. cit.*, 126 [énfasis añadido].

⁸ J. E. Jalil, *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*, *op. cit.*, 265.

primera vista suele no generar daños; no obstante, desde la óptica futura se concretan daños en la buena reputación institucional o social de la Sucamec, lo que se traduce en la desconfianza ciudadana a dicha institución.

- c) Finalmente, el daño debe tener la característica de certeza, sea en los actuales o futuros, aunque resulte imposible realizar una cuantificación hasta ese momento, vale decir, «que exista la certeza de que el *ofendido o tercero* se habría encontrado en una situación mejor si el agente *generador del daño (procesado)* no hubiera realizado el acto que se le reprocha»⁹. Por ejemplo, la STSE del 19 de marzo de 1994 ha precisado que al «condenado por un delito de amenazas se le condena también a indemnizar a la víctima por los daños a la salud que derivaron de aquellas amenazas (depresión, ansiedad) y cuya producción, obviamente, no es elemento típico del delito de amenazas»¹⁰.

Ahora, podemos definir al daño resarcible de peligro como aquella lesión-consecuencia personal (sea natural o jurídica), futura y cierta realizada por el sujeto pasivo en una relación extracontractual. Esta se debe estimar de manera inmediata con la sola consideración realizable de la conducta, por cuanto existe la consecuencia considerada como lesión indemnizable aplicable a los delitos de peligro.

Una vez conceptualizada la generación de un daño resarcible con su correspondiente fundamentación, aquella dista mucho del argumento que, desde luego, no la considera acertada respecto a este tema: el establecido por el Acuerdo Plenario 6-2006-CJ-116, al considerar que en los delitos de peligro abstracto se generan daños resarcibles identificables a la alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente.

Y no la considera acertada porque la responsabilidad civil no encuentra su fundamento en el delito (o falta) *per se*, sino en la existencia de los daños producidos por una conducta antijurídica¹¹; o, en palabras de Roque, «el cimientto de la reparación recae sobre un daño civil causado, hecho que no puede identificarse con la ofensa penal que no vendría a ser otra cosa más que la alteración del ordenamiento penal»¹².

Queda claro que el argumento de la Corte Suprema no se adecua a los estándares dogmáticos. Sin embargo, deja la posibilidad de que un argumento distinto le conceda contenido, como la postura admitida en este trabajo. Ahora bien, constatada o identificada la generación del daño resarcible por estos delitos, esta conlleva que el Ministerio Público o, en su defecto, el agraviado constituido como actor civil, según sea el caso, acrediten el nexo de causalidad del agente generador y los factores de atribución con su correspondiente justificación del *quantum* solicitado.

⁹ H. y L. Mazeaud, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, tomo I (Buenos Aires: EJE, 1977), 301 [énfasis añadido].

¹⁰ C. San Martín Castro, *Derecho procesal penal. Lecciones* (Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2020), 269.

¹¹ A. Oré Guardia, *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*, tomo I (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), 373.

¹² W. Roque Ventura, *La reparación civil en el delito de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de la concepción de los delitos de peligro abstracto* (Lima: Editoriales del Centro, 2019), 156.

II. La adopción de criterios justificativos

La realización de un delito no solo legitima la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar a una obligación de indemnizar por los daños producidos. En este sentido, la conducta delictiva, en cuanto suceso lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al perjudicado a exigir el pago de una reparación civil¹³.

En síntesis, la adopción de criterios sirve tanto para la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República como para los jueces. Con respecto a la primera, legitima la solicitud del *quantum* como objeto de la reparación civil; y, con respecto a los segundos, para motivar una decisión jurisdiccional acerca del *quantum* que se fijará en la parte resolutive.

En ese sentido, se entiende por *criterios* aquellas «formulaciones relativas a la cuantificación como manera de hacer un aporte más puntual ante la dificultad de traducir el valor preservado y dañado al sistema monetario-indemnizatorio»¹⁴. Sin embargo, para llegar a una estimación o cuantificación —si se quiere, correcta—, haré uso de la histoeconomía de la persona jurídica. Ello implica «analizarlo desde la economía, la sociología, las ciencias políticas, etcétera, que buscan establecer la situación o circunstancias exactas en que se encuentra

involucrado el Estado como sujeto ofendido en los delitos de peligro abstracto, para luego efectuar cálculos de probabilidades y proyecciones futuras»¹⁵.

Los jueces y los procuradores deben contar, a mi entender, con criterios justificativos del *quantum* reparatorio y resarcitorio en la sentencia, razón por la cual citaré de manera específica algunos criterios en los delitos de organización criminal y corrupción pública, criterios distintos —claro está— de los ya desarrollados por la Procuraduría.

Es necesario recalcar que, respecto al primer delito, abordaré criterios tanto a nivel de daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimonial (daño moral). Respecto del delito de corrupción pública, solo se abordarán criterios referidos a los daños extrapatrimoniales, en tanto aún es problemático a nivel judicial.

II.1. En el delito de organización criminal

La criminalidad organizada es el desarrollo permanente, dinámico y evolutivo de actividades ilegales, tanto locales como de proyección internacional, a través de estructuras organizacionales jerárquicas o flexibles que tienen como objetivo principal consolidar una posición económica o de poder por medio de diversos mecanismos como la violencia, la influencia, la tecnología, etcétera¹⁶.

Este concepto nos lleva a determinar la concurrencia de determinadas características: en primer lugar, la aso-

¹³ P. García Caverro, *Derecho penal. Parte general* (Lima: Ideas Solución, 2019), 1125.

¹⁴ C. Ghersi, G. Rossello y M. Hise, *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. Daño a la persona humana. Valor vida: económico y extraeconómico* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999), 203.

¹⁵ *Ibid.*, 134.

¹⁶ M. E. Páucar Chappa, *El delito de organización cri-*

ciación estructurada de tres o más personas; en segundo lugar, la existencia durante cierto tiempo, de lo que se desprende el ánimo de reiteración en la actividad delictual organizada; en tercer lugar, la gravedad de su actuación; y, por último, la obtención de un beneficio económico, es decir, la existencia de un ánimo de lucro. Ello sin perjuicio de la existencia de otras características que favorezcan la actuación de la organización criminal y la alarma social que genera su existencia, como, por ejemplo, la división del trabajo y función en la organización, la fungibilidad de los integrantes situados en escalas inferiores del entramado, el empleo de nuevas tecnologías, el uso de la violencia, entre otras¹⁷.

Dentro de los elementos que incrementan el daño ocasionado por las organizaciones en los Estados de derecho encontramos los relativos al ámbito territorial de su actuación, que solo aumentan los lugares en los que se despliegan sus efectos negativos¹⁸, los cuales vendrían a constituir daños ajenos al ámbito penal, a pesar de la constitución de la reparación civil en el proceso penal. Esto evidencia que los operadores jurídicos necesitan ciertos criterios para cumplir su rol respecto a esta institución, razón por la cual, a modo de propuesta, citaré algunas justificaciones de acuerdo con los posibles daños que se originan como consecuencia del ilícito penal.

a) Daños extrapersonales o patrimoniales

Se caracterizan —como su denominación lo indica— por afectar el patrimonio de la persona, es decir, producen un menoscabo en el ámbito pecuniario o económico de un tercero. Son los que generan consecuencias apreciables en dinero o cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro de idéntica naturaleza. Este tipo de daños comprende dos modalidades: el daño emergente y el lucro cesante¹⁹.

a.1) Daño emergente

La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida²⁰, o sea, es la pérdida, destrucción o inutilización de las cosas o derechos que el tercero posee²¹; en otras palabras, el daño emergente es siempre un empobrecimiento²². Veamos algunos criterios, a modo de propuesta:

- **Las futuras posibilidades económicas del Estado**

Este criterio implica que todo delito acarrea daños sociales, los cuales se traducen en tres tipos de impactos económicos (primario, secundario y terciario). Por ejemplo, en el delito de organización criminal, la sola constitución acarrea inestabilidad, pánico, miedo y temor; subsecuentemente, se presentan en él los tres impactos que a continuación detallaré:

¹⁷ *minal* (Lima: Ideas Solución Editorial, 2016), 154.
¹⁸ R. Zafra Espinosa de los Monteros, «Medios extraordinarios de investigación contra la criminalidad organizada», en *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia* (Lima: Instituto Pacífico: 2016), 225-266.

¹⁸ *Ibid.*, 230.

¹⁹ E. Villegas Paiva, *El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 189.

²⁰ L. Taboada Córdova, *Elementos de la responsabilidad civil*, op. cit., 62.

²¹ *Ibid.*, 56.

²² F. de Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*, tomo II (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1990), 36.

- El impacto primario se daría cuando el Estado, como persona afectada, debe invertir en la detección, desarticulación e investigación del sujeto activo; esto, desde luego, significa destinar presupuesto.
- El impacto secundario se traduce en la incapacidad de ahorro a corto y mediano plazo.
- Finalmente, el impacto terciario implica realizar costos de reestructuración, esto es, continuar desarrollando sus funciones con nuevos instrumentos de gestión y operativización.

a.2) Daño de lucro cesante

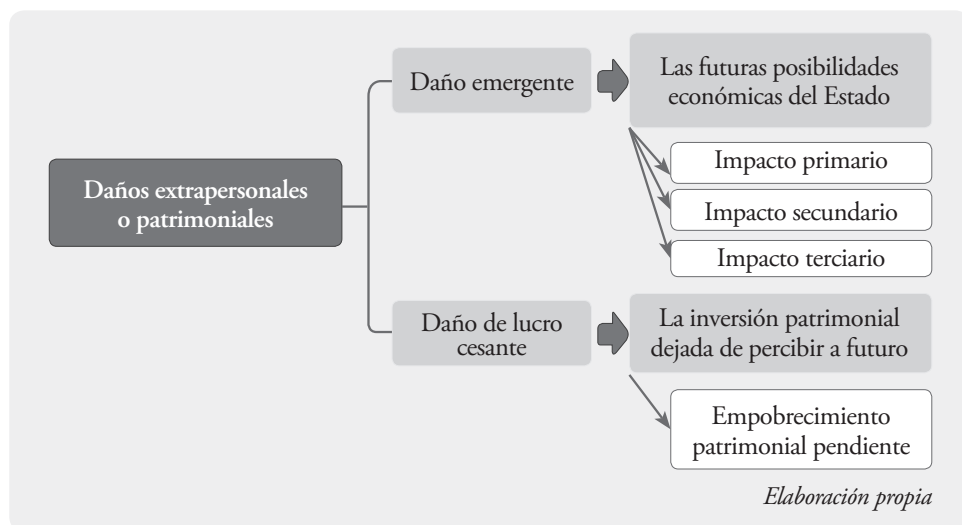
Se refiere a la pérdida de una ganancia legítima esperada o a un aumento no realizado del patrimonio. Esa ganancia o enriquecimiento debe tener carácter

lícito, pues, si se ha dejado de ganar una suma de dinero proveniente de acciones ilícitas, no podrá reclamarse derecho al pago de lucro cesante²³. En puridad, «es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir»²⁴. En él se encuentra el siguiente criterio:

- **La inversión patrimonial dejada de percibir a futuro**

Esto implica que las empresas privadas, al no existir seguridad por la instauración de una organización criminal, dejan de fomentar empleos, lo que significaría un empobrecimiento pendiente del patrimonio estatal y familiar, entendido como la incapacidad de generar un proceso dinámico de ingresos y egresos de las personas con el Estado y viceversa, lo cual afecta la dinámica relacional.

Cuadro 1. Modalidades de daños extrapersonales o patrimoniales



²³ E. Villegas Paiva, *El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal*, op. cit., 189.

²⁴ L. Taboada Córdova, *Elementos de la responsabilidad civil*, op. cit., 62.

b) Daños personales o extrapatrimoniales

«Son aquellos daños que afectan derechos no patrimoniales de la persona, por lo que no son mensurables en dinero en forma inmediata y directa. Según el artículo 1985 del Código Civil son dos: el daño moral y el daño a la persona»²⁵. Sin embargo, para esta investigación creemos que solo será aplicable el daño moral a los delitos de peligro abstracto.

b.1) Daño moral

«La noción de daño moral está relacionada con los conceptos de desmedro extrapatrimonial y lesión en los sentimientos personales o en la tranquilidad anímica»²⁶. «Se entiende que la lesión a los sentimientos produce dolor, aflicción o sufrimiento en la víctima»²⁷. El daño moral, tanto en la persona natural como en la jurídica, se analiza desde dos perspectivas: por un lado, la *social*, entendida como los daños que se acarrea a la sociedad; y, por el otro, la *estatal*, cuando la constitución de una organización criminal frustra los objetivos y metas institucionales (por ejemplo, los objetivos institucionales de la Policía Nacional del Perú).

Respecto a los criterios que se pueden ubicar en la perspectiva social tenemos:

• La dosimetría o valor de la afectación social

Este criterio está relacionado con el bien jurídico tutelado por el derecho penal. Sirve, a la vez, como parámetro para establecer el grado de afectación causado por la constitución de una organización criminal. Como se ha precisado, la tranquilidad pública es la confianza general en el mantenimiento de la paz social, es decir, la armonía y pacífica coexistencia del ciudadano bajo la soberanía del Estado y del derecho; en consecuencia, de no existir tal armonía de convivencia pacífica, por la existencia de una organización criminal, en primera línea se advierte un daño moral que recae sobre la sociedad²⁸.

Desde luego, el daño moral está relacionado con el grado de afectación a la tranquilidad pública. Uno de los medios para sustentar la reparación civil son las encuestas, habida cuenta de que serán uno de los instrumentos científicos que sirven para medir dicha afectación: a mayor afectación social, mayor daño causado y, consecuentemente, mayor será la determinación de la reparación civil²⁹.

Por citar un ejemplo, la organización criminal Los Malditos de Palpas tiene como ámbito geográfico de actuación delictiva a la provincia de Cajatambo. En una encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) sobre el grado de percepción de inseguridad por la existencia de dicha or-

²⁵ E. Villegas Paiva, *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*, op. cit., 189.

²⁶ C. Gherzi, G. Rosselló y M. Hisc, *Derecho y reparación de daños*, op. cit., 31.

²⁷ E. Villegas Paiva, *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*, op. cit., 189.

²⁸ W. Roque Ventura, *La reparación civil en el delito de organización criminal*, op. cit., 202.

²⁹ *Ibid.*, 203.

ganización, se tuvo que el 98 % de la población de Cajatambo vive bajo en situación de miedo, zozobra e intranquilidad por los actos delictivos que viene perpetrando la organización criminal³⁰.

En el citado ejemplo, los afectados de manera directa son los pobladores de la provincia de Cajatambo; sin embargo, como ella no es la titular del derecho en cuestión, el Estado es quien debería reclamarlo a través de la Procuraduría.

- **La ubicación geográfica de la actividad criminal**

Otro de los criterios sería la ubicación geográfica del afectado, esto es, cuanto más notoria es la actuación de representatividad de la institución involucrada en el ilícito mayor es la gravedad a consecuencia de un daño resarcible. Véase como una relación directamente proporcional: a mayor amplitud mayor gravedad, y, viceversa, a menor amplitud menor gravedad.

Por otro lado, se abordará el único criterio que a mi juicio está relacionado con la perspectiva estatal. Veamos:

- **Afectación a la imagen institucional**

La *imagen* es un elemento estratégico y un principio de gestión de las funciones y objetivos que tienen los órganos estatales. Desde el punto de vista de la organización, la imagen pública e institucional está relacionada con la superación y los alcances. Sus fines y objetivos inmediatos están establecidos

en la Constitución y en la normativa reglamentaria (ROF, MOF) de cada entidad. Por otro lado, la *imagen* tiene como finalidad mediata la creación de impresiones positivas y de confianza en la población, siendo por tanto la imagen un reflejo de la identidad; su destino final es determinar la actitud de la ciudadanía, por ejemplo, el respeto y la confianza en la institucionalidad³¹.

Por tanto, la imagen estatal está constituida por retazos de lo que la institución es, lo que la institución hace, y lo que la institución dice; por tanto, esa imagen también está constituida por cómo se manifiesta su esencia, por cómo desempeña su labor y por cómo expresa sus mensajes. Este conjunto de actos y manifestaciones conforman un cierto estilo de representatividad, *una confianza que determina la imagen institucional*³².

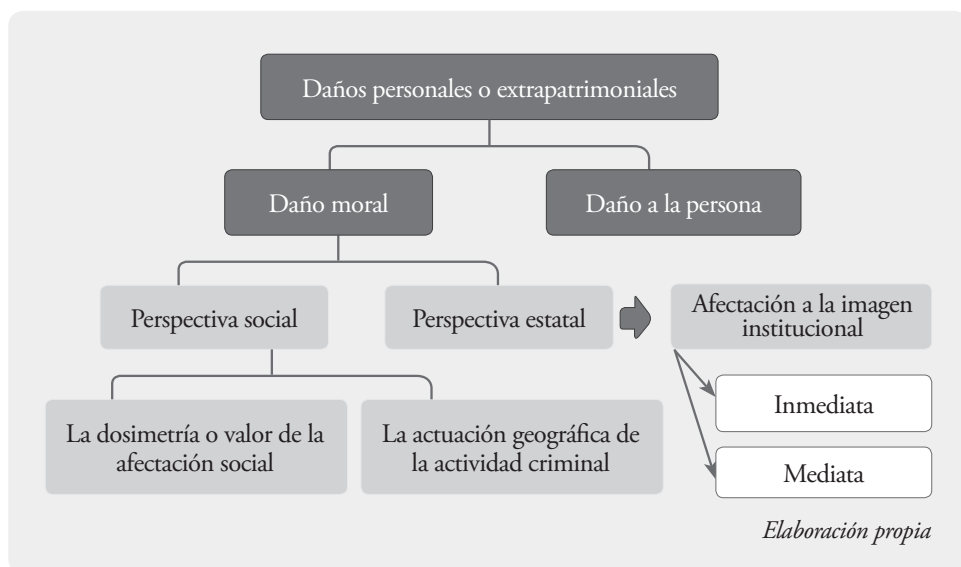
Por citar un ejemplo, el Ministerio del Interior (Mininter) es la entidad encargada de velar por la tranquilidad pública, tal como está prescrito en la normativa pertinente; por tanto, la imagen que expone a la sociedad ofrece seguridad, paz, tranquilidad, convivencia pacífica y condiciones mínimas de seguridad para el desenvolvimiento de las actividades cotidianas de la población. Ello en el marco de una relación social objetiva y de una relación intrínseca; entiéndase «de persona a persona» y «de sociedad a persona», respectivamente³³.

³⁰ *Id.*

³¹ J. Carrasco Medina, «El status jurídico del honor y la imagen en las personas jurídicas», 2013. Véase también W. Roque Ventura, *La reparación civil en el delito de organización criminal*, *op. cit.*, 213.

³² W. Roque Ventura, *op. cit.*, 213 [énfasis añadido].

³³ *Id.*

Cuadro 2. Modalidades de daños personales o extrapatrimoniales

En puridad, la sola constitución de una organización criminal menoscaba la imagen institucional, lo que se traduce en fines y objetivos frustrados de manera inmediata; mientras que, de manera mediata, fomenta la desconfianza de la sociedad para con su institución.

II.2. En los delitos de corrupción pública

El soborno ofrecido a un juez afecta de manera inmediata su independencia e imparcialidad en el desarrollo a un debido proceso. La consecuencia mediata es la expedición de una sentencia que permita, por ejemplo, la importación ilegal de desechos tóxicos, lo que termina incidiendo en la vida y la salud de las personas que habitan en determinada zona geográfica. Subyacen en este ejemplo varias preguntas: ¿el juez ha generado daños que inciden en la lesión-consecuencia de la imagen del

Poder Judicial?, ¿el dejarse sobornar se incrementa potencialmente si el juez es titular y no supernumerario?, ¿los daños adquieren mayores alcances si el juez es superior?, etcétera.

Todas estas interrogantes nos llevan a definir algunos criterios mínimos que ayuden a los operadores jurídicos a contar con justificaciones, ya sea para solicitar o para adoptar un determinado *quantum*. Veamos algunos de ellos, elaborados a modo de propuesta, distintos a los desarrollados por la Procuraduría en su *Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción*, así como los recogidos en la Casación 189-2019-Lima Norte, emitida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 17 de noviembre de 2020. Es necesario dejar en claro, no obstante, que algunos subcriterios desarrollados por la Procuraduría o en la

casación mencionada son compatibles con la dogmática propuesta.

Se observa que la regla adoptada por la Corte Suprema en la Casación 189-2019-Lima Norte, fundamento vigésimo, es similar a la desarrollada por la Procuraduría en cuanto a los subcriterios subjetivos y objetivos. Es decir, se basa en analizar el hecho materia de imputación y la personalidad del sujeto activo; en buena cuenta, pareciera que se está realizando un tratamiento igual que el de la determinación de la pena.

Por ello, en este trabajo se proponen tres criterios *distintos* a los mencionados: sociales, estatales y económicos. Estos, a su vez, son compatibles con algunos subcriterios desarrollados en la casación citada; por ejemplo, la difusión pública, la afectación o el impacto social del hecho ilícito son perfectamente ubicables en los criterios sociales (véase *infra*); o la naturaleza, rol funcional y alcance competencial de la entidad pública perjudicada, y el cargo o posición de los funcionarios públicos, que se ubican en los criterios estatales; por último, el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables se incluye entre los criterios económicos.

Lo que no es compatible *a priori* con mi propuesta es la gravedad del hecho ilícito y las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica³⁴, por cuanto considero que estas son utilizables para graduar la pena, y no así la dimensión del daño producido como consecuencia del delito (confróntese *infra*).

³⁴ Casación 189-2019-Lima Norte, del 17 de noviembre de 2020, fundamento vigésimo: «La gravedad del hecho ilícito está vinculado con la naturaleza de los intereses jurídicos afectados y la

En buena cuenta, desde mi postura, los criterios guías de la cuantificación aplicables a todos los delitos contra la Administración pública pueden ser clasificados en tres grandes rubros, los cuales contienen subcriterios que se irán definiendo en el desarrollo de cada criterio:

- a) criterios sociales
- b) criterios estatales
- c) criterios económicos

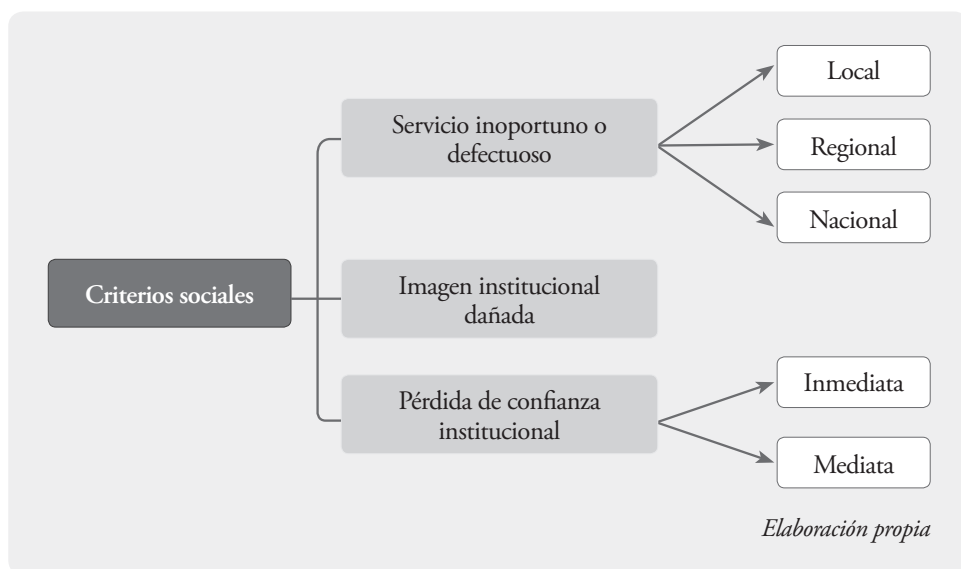
La valorización se debe realizar teniendo en cuenta las circunstancias y los principios de equidad y proporcionalidad, en tanto los daños extrapatrimoniales solo son estimables. Estos deben ser aplicados de manera coordinada y conjunta. Veamos:

a) Los criterios sociales

Estos criterios están ligados a los servicios que ofrece la administración como generadora de procedimientos de solución de satisfacción individual o colectiva de los gobernados. En síntesis, se valoriza el daño extrapatrimonial de no ofrecer un servicio, o, si lo ofrece, lo es de manera defectuosa y generando eventuales lesiones a la salud.

Es decir, «se cuantifica la lesión al servicio de la comunidad *ofrecido por la*

importancia de los deberes infringidos. La gravedad del acto que ocasionó el daño es un criterio que permite graduar la reparación civil. Los actos de corrupción, como se anotó, pueden incidir en la vulneración de derechos fundamentales; y las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica se tienen en cuenta el lugar, el contexto y la forma de realización del hecho ilícito. El acto de corrupción ejecutado en un lugar recóndito y de pobreza, al igual que si se comete en un periodo de crisis o catástrofe en la localidad afectada, son factores que pueden intensificar el resarcimiento pecuniario».

Cuadro 3. Clasificación de los criterios sociales de los delitos contra la Administración pública

institución a los gobernados, de tal manera que se traduciría como daño a los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos»³⁵ de cualquier índole o naturaleza.

Aquí podemos encontrar el valor de la afectación de no ofrecer un servicio en forma oportuna. Como bien lo ha establecido la Corte Suprema en la Casación 189-2019-Lima Norte: «La función pública tiene una naturaleza y relevancia social pues influye en las condiciones de vida de la población. La actividad estatal está estrechamente vinculada con la realización de servicios públicos

indispensables para la calidad de vida de la ciudadanía»³⁶. Los actos de corrupción afectan el bienestar e impiden el desarrollo de las mejores condiciones de vida de la ciudadanía.

En tal sentido, para citar el ejemplo visto en la casación mencionada, el acto será «más lesivo» si el hecho ilícito afecta los servicios públicos de atención urgente, como la salud pública, a diferencia —digamos— de la ejecución de una obra de esparcimiento, que, si bien tiene también un carácter social, supone un grado menor de afectación.

Asimismo, «también se ubican los subcriterios de la afectación inmediata a la imagen institucional, entendida esta como la identidad en la sociedad

³⁵ E. Arismendi Amaya, *Manual de delitos contra la Administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales* (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 51 [énfasis añadido].

³⁶ Casación 189-2019-Lima Norte.

(esta se mide por el nivel de alcance que tenga una noticia; o sea, a mayor alcance geográfico, mayor daño)»³⁷; la pérdida de confianza institucional, sea de manera inmediata al organismo estatal comprometido en el ilícito por el funcionario o de manera mediata a la entidad organismo encargada, por ejemplo, de los comicios electorales, por cuanto la ciudadanía no cree en el trabajo democrático realizado por ella.

El prestigio o la imagen institucional encuentran fundamento al considerarse al Estado como persona jurídica y sujeto de derecho al honor objetivo (reputación), prestigio, imagen institucional, credibilidad, entre otros; al lesionarse estos se configura una lesión al derecho a la identidad de la persona jurídica estatal, pues no se afecta la semblanza física, sino la proyección social y la *confiabilidad en el servicio que brinda a la ciudadanía*³⁸.

b) Los criterios estatales

Estos responden a los daños que se ocasiona al interior de un organismo cuando uno de sus funcionarios comete un ilícito penal. Se genera así que las funciones exteriorizadas no sean las más idóneas, pues existe un desbalance en el organigrama funcional interno.

Entre estos criterios se encuentran la forma de acceso a la Administración

pública (elección popular, por concurso o de manera accidental, contrato administrativo de servicio, suplencia, etc.); la visibilidad del funcionario o servidor, la cual está relacionada con el cargo que ostenta en la Administración pública (regidor, alcalde distrital, consejero provincial, alcalde provincial, consejeros regionales, gobernador regional, ministros, congresistas, presidente de la República); y la relación jerárquica de los cargos dentro de un organismo³⁹ (gerente general, gerente de infraestructura, subgerente de estudios y proyectos, subgerente de obras, subgerente de logística, inspector o supervisor de obra; asistente administrativo, asistente en función fiscal, fiscal adjunto, fiscal provincial, fiscal superior, fiscal supremo, fiscal de la Nación).

Para estos subcriterios, es necesario en primer lugar identificar la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada, extremo ya desarrollado por la Casación 189-2019-Lima Norte en su fundamento jurídico vigésimo:

[...] se debe identificar la función pública de la entidad estatal al interior de la cual se cometió el hecho ilícito. Por ejemplo, la corrupción dentro de una institución que ejerce función jurisdiccional representa un mayor desva-

³⁷ *Id.*

³⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (Lima: Centro de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 16 [énfasis añadido].

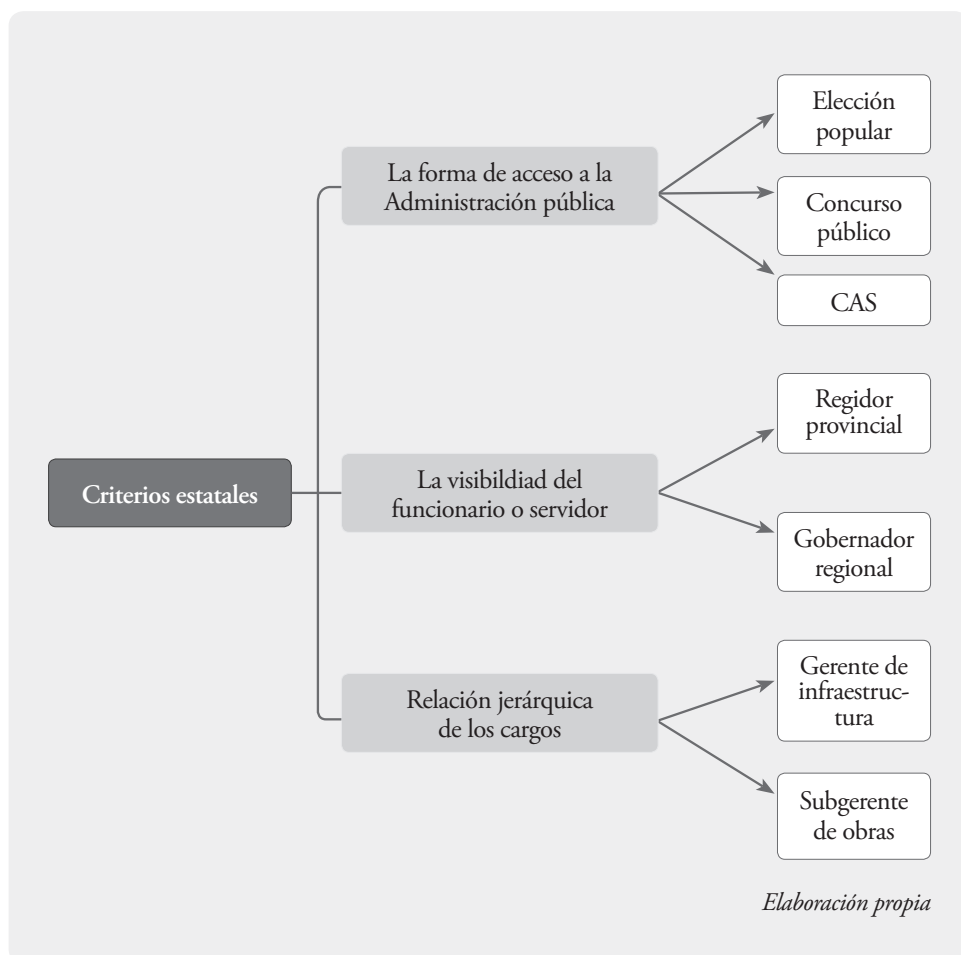
³⁹ Véase la Casación 189-2019-Lima Norte, en su fundamento vigésimo: «Hay que tener en cuenta la jerarquía del cargo que ocupaba el funcionario público. No es lo mismo que el hecho haya sido cometido por el titular de una entidad o que ocupa un cargo de dirección que un integrante que cumple una labor ordinaria. Asimismo, un punto a considerar es el número de sujetos públicos responsables, pues si se trata de una pluralidad de agentes el descrédito a la institución se acrecienta».

lor, pues son los llamados a juzgar este tipo de actos. De igual manera, como se anotó en el fundamento anterior, si se trata de una entidad que presta servicios de salud tendrá mayor lesividad el acto ilícito cometido.

El alcance competencial de la entidad pública perjudicada o la visibilidad de la institución juegan un papel importante a la hora de justificar la cuanti-

ficación por reparación civil en virtud de daños extrapatrimoniales, tal como ha sido desarrollado por la casación comentada *ut supra*: «Es menester considerar si la institución pública agraviada tiene un alcance local, regional o nacional. Por ejemplo, el resarcimiento podrá ser mayor si se trata de un ministerio en referencia a una municipalidad distrital».

Cuadro 4. Clasificación de los criterios estatales de los delitos contra la Administración pública



A modo de ilustración, diremos que no es lo mismo el daño que se genera por el actuar ilícito de un alcalde distrital que el ocasionado por un alcalde provincial, o la indemnización que debe ofrecer el gobernador regional de Lima en contraposición con la del gobernador de Madre de Dios. En estos dos ejemplos, no solo se observa el espacio territorial, sino también el volumen poblacional en la que está involucrada la institución.

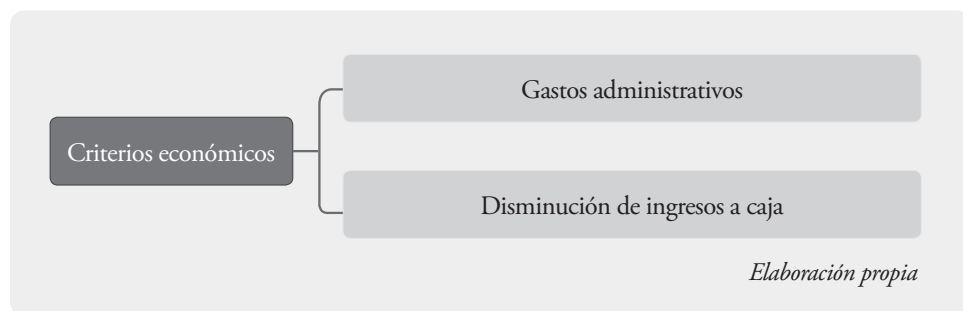
c) Los criterios económicos

Los criterios económicos son aquellos que están en consecución directa con los gastos operativos o administrativos generados (y utilizados) en la planificación de recuperación del honor objetivo del organismo comprometido, así como también aquellos ingresos dejados de percibir por la confianza institucional defraudada.

Entre ellos se ubican los gastos administrativos en la generación de normas internas de refuerzo; la disminución de ingresos a caja, porque la ciudadanía deja de pagar sus tasas, arbitrios, o sea, no desea pagar por servicio de alumbrado público, por recolección de basura, en tanto creen que, si pagan, ese dinero será susceptible de una apropiación ilícita por parte de las autoridades o servidores; y las ganancias ilícitas obtenidas sobre la base del componente institucional.

Respecto a este último subcriterio, la Casación 189-2019-Lima Norte ha mencionado que el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables es un factor a considerar; por cuanto, si hay mayor grado de ventaja o ganancia conseguida, pues, cuan mayor sea esta, mayor debe ser el monto indemnizatorio.

Cuadro 5. Clasificación de los criterios económicos de los delitos contra la Administración pública



Finalmente, no comparto el criterio objetivo desarrollado por la Procuraduría en su *Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción*, criterio que es recogido

en la Casación 189-2019-Lima Norte. En tanto que reúne una serie de subcriterios, está basado en las características materiales y consustanciales del delito contra la Administración pública; entre ellas tenemos

la gravedad del ilícito cometido, la modalidad de su realización, la eventual reiteración, la gravedad del hecho ilícito y las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica.

Y no es de recibo en este trabajo, por cuanto señala lo siguiente:

[...] la gravedad del ilícito implica que cuanto máspreciado sea el bien jurídico lesionado o cuanto más importante sea el deber incumplido, mayor deberá ser el *quantum* indemnizatorio. Cuando la acción desarrollada tenga un mayor grado de culpabilidad o cuando se tome en cuenta el lugar, el contexto y la forma de realización del hecho ilícito, el monto indemnizatorio debe incrementarse⁴⁰.

Es decir, la Procuraduría y la casación bajo comento, al concebirlo de esa manera, no hace sino equiparlo con las circunstancias externas que rodean al delito y que sirven para la determinación de la pena, no así para la reparación civil.

Admitir que los subcriterios desarrollados por la Procuraduría y por la casación se agrupen en criterios objetivos y subjetivos nos podría llevar a realizar una duovalorización de los hechos, es decir, que sirva para dosificar tanto la pena como también la reparación civil, cuestiones que, en pureza, no responden a una misma dinámica.

Tampoco comparto que la modalidad de la realización del delito determine el *quantum* resarcitorio, o sea, «está relacionado con la modalidad delictiva empleada y la

dimensión del castigo penal impuesto en cada caso»⁴¹. Es una cuestión a todas luces inaceptable, pues no se condice con el principio de legalidad de la reparación civil, según el cual ella se determinará conforme a las reglas establecidas en el Código Civil. Es decir, el operador jurídico debe valorar los criterios justificativos del daño conforme a las reglas de la dogmática civil, y no así de acuerdo con las circunstancias presentes en el injusto culpable, ya sea modalidad delictiva o agravantes calificadas (reincidencia), que sirven no para cuantificar daños sino pena, en virtud del principio de lesividad u ofensividad penal.

Y, con respecto al título de criterios subjetivos⁴², no me parece del todo acertado, por cuanto es la institución la que vincula al sujeto (funcionario) y no el sujeto a la institución, ello porque un funcionario o servidor público resulta ser tal cuando así lo decide la Administración pública, previo análisis del cuadro de asignación y presupuesto analítico del personal.

A estas alturas, debe quedar claro que la bifurcación realizada por la Procuraduría y recogida por la Corte Suprema en dos criterios (objetivos y subjetivos; que, a su vez, reúnen distintos subcriterios), no es el correcto, razón por la cual he desarrollado tres criterios que perfectamente incluyen algunos subcriterios desarrollados tanto por la Corte Suprema como por la Procuraduría, así como se innova con algunos otros.

En resumen, los delitos contra la Administración pública generan daños extrapatri-

⁴⁰ Casación 189-2019-Lima Norte.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

moniales susceptibles de reparación civil. Entonces, ya sea el procurador (actor civil) o el juez, al momento de solicitar o imponer el *quantum* indemnizatorio, necesitan de criterios justificativos, como lo mencionamos líneas arriba.

Conclusiones

A lo largo del desarrollo del tema, he podido dar por sentado que los delitos de peligro abstracto generan daños resarcibles, a partir de un análisis de los elementos que lo componen, como el carácter de la persona jurídica (entendido como un organismo estatal), futuro en nuestra hipótesis y certeza.

Posteriormente, he presentado una serie de criterios justificativos del *quantum* resarcitorio desde la perspectiva de los delitos de organización criminal y corrupción pública. Se entiende por «criterios» a las formulaciones realizadas (tanto por el Ministerio Público o actor civil como por el juzgador) para justificar el monto solicitado o concedido en la sentencia que resuelve ese extremo.

Respecto al delito de organización criminal, podemos ubicar los distintos daños que ha desarrollado la doctrina: el daño emergente, definido a modo de propuesta como las futuras posibilidades económicas del Estado; el daño de lucro cesante, justificado mediante la inversión patrimonial dejada de percibir a futuro; y, finalmente, el daño moral, visto desde los aspectos so-

cial y estatal, traducidos en la dosimetría o valor de la afectación social y en la actuación o localidad geográfica de la actividad criminal, y, como criterio estatal, la afectación a la imagen institucional involucrada en el ilícito penal.

En los delitos de corrupción pública, la Casación 189-2019-Lima Norte ha arribado criterios objetivos y subjetivos para analizar daños extrapatrimoniales. Sin embargo, en el presente trabajo adopto una postura distinta (criterios sociales, estatales y económicos) para englobar algunos de los subcriterios esgrimidos por la judicatura. Es decir, de los ocho subcriterios, solo he adoptado los seis últimos, tal como se aprecia en el fundamento vigésimo de dicha casación.

Finalmente, según la dogmática propuesta para cuantificar daños extrapatrimoniales en los delitos de corrupción pública, se debe utilizar tres criterios, a saber, los criterios sociales, entre los que se encuentran el servicio inoportuno o defectuoso del servicio, la imagen dañada y la pérdida de confianza institucional; los criterios estatales, como la forma de acceso a la Administración pública, la visibilidad del funcionario o servidor, y la situación jerárquica de los cargos; y los criterios económicos, traducidos en los gastos administrativos y la disminución de ingresos a caja. Véase que esa propuesta es contraria a los criterios desarrollados por la judicatura, mas no así con respecto a algunos subcriterios, como se ha dejado sentado a lo largo del presente trabajo.

Bibliografía

Arismendi Amaya, Eliu. *Manual de delitos contra la Administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

Carrasco Medina, Janny. «El *status* jurídico del honor y la imagen en las personas jurídicas», 2013. <https://bit.ly/3fBNm7D>

De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1990.

García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019.

Gherzi Carlos, Gabriela Rosselló y Mónica Hise. *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. Daño a la persona humana. Valor vida: económico y extraeconómico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.

Gomá Salcedo, José Enrique. *Instituciones de derecho civil y foral*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 2005.

Jalil, Julián Emil. *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios. Cómo preparar la demanda y determinar las bases para la cuantificación de los daños y perjuicios*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

Mazeaud, H. y L. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1977.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Manual de criterios para la determina-*

ción del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima: Centro de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

Montoya Vivanco, Yván (coord.). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

Oré Guardia, Arsenio. *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

Páucar Chappa, Marcial Eloy. *El delito de organización criminal*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2016.

Roig Torres, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Roque Ventura, Wilfredo. *La reparación civil en el delito de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de la concepción de los delitos de peligro abstracto*. Lima: Editoriales del Centro, 2019.

San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2020.

Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. 2.^a edición. Lima: Grijley, 2003.

Villanueva Juipa, Elizabeth Jimena. «Análisis de la reparación civil en los delitos de peligro abstracto. Los problemas del daño civil en el Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116». *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 98 (2017), 45-67.

Villegas Paiva, Elky. *El agraviado y la reparación civil en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío. «Medios extraordinarios de investigación contra la criminalidad organizada». En Víctor Cubas Villanueva y Miguel A. Girao Isidro (coords.). *Actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*. Lima: Instituto Pacífico: 2016, 225-266.

EL *IN DUBIO PRO PERSONA AGREDIDA*: COMPATIBILIDAD CON EL SISTEMA JURÍDICO LOCAL Y SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE SU APLICACIÓN

*The in dubio pro person attacked:
Compatibility with the local legal system and constitutional
support for its application*

Autor: Luis Miguel García Rodríguez*

REVISTA

LP Derecho

**Luis Miguel
García Rodríguez**

«El *in dubio pro persona agredida*:

Compatibilidad con el sistema
jurídico local y sustento constitucional
de su aplicación».

Revista LP Derecho.

2 (2022): 126-143.

Recibido: 12/11/2021

Aprobado: 19/2/2022

Resumen

En el Perú, el principio de *in dubio pro persona agredida* no goza de una regulación legal expresa; sin embargo, la legislación y jurisprudencia comparada nos ofrecen esta importante institución jurídica, cuyos alcances merecen ser analizados en el ámbito local. Siendo así, el presente aporte jurídico tiene como objetivo analizar su compatibilidad con el sistema jurídico nacional (normativo y constitucional) y su vinculación con la jurisprudencia, a través de una revisión exhaustiva del estado de la cuestión.

Palabras clave

In dubio pro persona agredida, víctima, principio de protección, violencia familiar.

Abstract

In Peru, the principle of in dubio pro person attacked, does not enjoy an express legal regulation, however, the legislation and comparative jurisprudence offer us this important legal institution, whose scope deserves to be analyzed at the local level. Thus, this legal contribution aims to analyze its compatibility with the national legal system (regulatory and constitutional), and its link with the jurisprudence, through an exhaustive review of the state of the matter.

Keywords

In dubio pro person attacked, victim, principle of protection, domestic violence.

* Abogado, quien cursa estudios de máster en Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha (España), egresado de la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con una estancia académica en la Universidad de Guadalajara (México). Secretario judicial en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Correo: luismiguel.garcia@unmsm.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0003-2830-2775>

Introducción

En nuestro país, el principio de *in dubio pro persona agredida*, denominado también *in dubio pro víctima*, no goza de una regulación legal expresa; sin embargo, la legislación y la jurisprudencia comparada han desarrollado esta importante institución jurídica cuyos alcances merecen ser analizados en el ámbito local, teniendo en cuenta la progresividad en su aplicación por órganos jurisdiccionales nacionales para motivar sus decisiones judiciales¹.

En el presente trabajo desarrollado bajo el método cualitativo inductivo, abordaremos las cuestiones conceptuales, definiremos los supuestos de su aplicación, realizaremos una breve exposición de las fuentes normativas y jurisprudenciales, y desarrollaremos un análisis sobre su compatibilidad con el sistema jurídico nacional, definiendo el sustento constitucional de su aplicación.

I. Delimitación del problema

Por fines metodológicos, la problemática materia de estudio ha sido delimitada en las siguientes interrogantes:

- ¿Es compatible el principio de *in dubio pro persona agredida* con el sistema jurídico local?

- ¿Cuál sería el sustento constitucional de la aplicación del principio de *in dubio pro persona agredida*?

II. Fundamento ontológico

El precepto materia de análisis, desde una mirada ontológica, se concibe como una herramienta de interpretación jurídica y como manifestación novedosa del derecho victimal², corriente doctrinaria anclada en los sistemas de protección internacional, caracterizada principalmente por estudiar los procesos de victimización y desvictimización como un problema multidisciplinario. Por ende, el estudio del *in dubio pro persona agredida* responde a una concepción moderna del papel de la víctima en el sistema de justicia, que se aleja de las concepciones tradicionales que le otorgaban un papel secundario e insignificante.

En ese sentido, resulta necesario construir un concepto híbrido del denominado *in dubio pro persona agredida*, ya que, tal como lo señala el investigador asociado a la Universidad Externado de Colombia, Luis Garay; el estudio de sus dimensiones implica una visión multisectorial, cuyos postulados finales se funden en el papel protagónico y determinante de las condiciones de vulnerabilidad de la víctima³.

¹ El principio de *in dubio pro persona agredida* es invocado en gran medida por los juzgados de familia sub especializados en violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, para motivar los autos mediante los cuales dictan medidas de protección, cuando se advierte contradicción en la descripción de hechos y existan elementos probatorios contradictorios que generan duda en el operador jurisdiccional sobre los actos de violencia.

² Derecho victimal. Es el conjunto de principios, normas y procedimientos jurídicos nacionales e internacionales, tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas de delitos. Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología*. (México D. F.: Editorial Porrúa, 2010).

³ Luis Garay Salamanca y Fernando Vargas Valencia, *Memoria y reparación: Elementos para una justicia transnacional pro víctima* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012).

Partiendo de estas reflexiones, consideramos, como lo señala el jurista español Antonio Beristain⁴, que es hora de que las ciencias jurídicas giren principalmente alrededor de la víctima, más que alrededor del delito, el delincuente y la pena. A nuestro entender, ello implica visualizar desde el inicio del proceso judicial la notoria situación de vulnerabilidad de la persona agredida, situación que justifica el diseño y la implementación de mecanismos legales, estrategias especiales, políticas públicas y decisiones jurisdiccionales provisionales y temporales favorables para esta.

III. Definición

a. Antecedentes históricos y conceptuales

El principio de *in dubio pro víctima* es un precepto novedoso de la victimología moderna, dogma que nace en los años setenta y que se caracteriza fundamentalmente por su preocupación en las necesidades y derechos de las víctimas, y por perfilarse como el contrapeso de la criminología. Sergio Cuarezma⁵ sostiene acertadamente que este enfoque ha demostrado una extraordinaria utilidad para obtener información, valorar el riesgo de victimización, obtener indicadores sobre el funcionamiento del sistema de justicia y medir sus repercusiones en la sociedad.

En este contexto, nacen las primeras referencias históricas del principio *in dubio pro víctima*. Su principal antecedente es el Primer Simposio Internacional de Victimología, realizado en Jerusalén en el año 1973, en el que se delimitaron una serie de instituciones jurídicas (entre ellas el supuesto materia de análisis), bajo el compromiso de impulsar el privilegio del interés superior de las víctimas en los procesos judiciales.

Años más tarde, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en atención a los aportes de la denominada victimología moderna, adoptó en 1985 la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, instrumento internacional que, entre otros, establece la obligación de los Estados a adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, tomando medidas para minimizar las molestias y afectaciones que se le pudiese ocasionar.

Estos sucesos históricos fueron recogidos en 1990 por Gerardo Landrove Díaz⁶, para sostener que el principio *in dubio pro víctima* no implica contraponer los derechos de la víctima sobre los derechos del agresor, sino equiparar la condición de desventaja preexistente a partir de la comisión de un ilícito penal. Si bien el citado jurista no hace un análisis profundo sobre las reales implicancias de este imperativo, su aporte se convirtió en el punto de partida para su delimitación conceptual alcanzada posteriormente.

⁴ Antonio Beristain Ipiña, «La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, *in dubio pro reo*; hoy, *pro víctimas*; mañana, *las víctimas protagonistas*)», *Revista de la Sociedad Mexicana de Criminología*, 1 (2008): 7-18.

⁵ Sergio Cuarezma Terán, «La victimología». En Picado, Sonia; Cançado, Antonio y Cuéllar Roberto (comp.). *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo V, (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996), 295-317.

⁶ Gerardo Landrove Díaz, *Victimología* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1990), 24.

Sin embargo, no fue hasta finales de los años noventa en que, a consecuencia de las tendentes doctrinarias y jurisprudenciales tuitivas y tutelares, este precepto se recogió y delimitó normativamente. Antonio Beristain sostiene que este precepto históricamente formó parte del denominado interés superior de las víctimas, por lo que su deslinde conceptual surgió a raíz del estudio de duda estratégica y de la lucha contra la violencia familiar⁷.

Tomando en referencia los conceptos históricos citados, corresponde señalar que el fundamento conceptual histórico del *in dubio pro víctima* es el denominado interés superior de la víctima; no obstante, su delimitación dogmática es amplia y alcanza a la víctima directa (agredido o agraviado) y la indirecta (perjudicado). Es por esta particularidad que dentro del estudio de la violencia familiar se implementó este precepto bajo la denominación de *in dubio pro persona agredida*, supuesto que, si bien comparte el fundamento ontológico e histórico, se centra únicamente en el estudio de la persona agredida (víctima directa), quien a su vez presenta particularidades especiales, cuyos alcances conceptuales contemporáneos serán delimitados en los párrafos siguientes.

b. Alcances conceptuales contemporáneos

Teniendo en cuenta que en la presente investigación abordamos al *in dubio*

pro persona agredida desde una mirada contemporánea del estudio de la violencia familiar, corresponde señalar que este precepto tiene su origen en la falta de equidad existente en las relaciones verticalizadas donde prima la subordinación. En esa línea, se le puede catalogar como el supuesto en el que se invierte el principio general de *in dubio pro reo*, para convertirse en el principio de *in dubio pro persona agredida*⁸.

Tradicionalmente, se define como la interpretación de los hechos y la apreciación de la prueba, desde el ángulo más favorable para el supuesto agredido. La investigadora costarricense Roxana Arroyo señala que se le puede concebir también como una ventaja procesal adecuada y necesaria para contrarrestar el desequilibrio entre el agresor y el agredido⁹. Por su parte, Elodia Almirón Prujel¹⁰ destaca que la aplicación de esta institución tiene una directa relación con el principio *pro persona*, que en sus variantes de interpretación implica prevalecer los hechos y el derecho, desde la mirada que más optimice los derechos fundamentales de la persona.

En ese sentido, la aplicación del *in dubio pro persona agredida* es una especie de

⁷ Antonio Beristain Ipiña, *Nuevas soluciones victimológicas* (México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 1999), 117.

⁸ Centro de Información Jurídica en Línea. *Aplicación de la prueba en los procesos de violencia doméstica*. (Costa Rica: Colegio de Abogados(as) de Costa Rica, 2007).

⁹ Roxana Arroyo Vargas, «Derecho de familia, pensiones alimentarias y violencia doméstica», *Revista Pensamiento Jurídico Feminista*, 2 (2006): 171-179.

¹⁰ Elodia Almirón Prujel, «El principio *pro persona* como eje rector interpretativo en materia de derechos fundamentales», *Revista Jurídica Universidad Americana*, 4 (2016): 13-21.

poder discrecional¹¹ o criterio de interpretación con el que cuentan los operadores jurisdiccionales para garantizar la igualdad entre las partes, determinar el grado de riesgo en el que se encuentra la víctima y elegir la medida de protección más idónea a otorgarse. Es decir, su aplicación no solo será determinante en los aspectos procesales, sino también en los aspectos de fondo en los procedimientos de violencia familiar¹², más aun si tenemos en cuenta que esta problemática usualmente se realiza en escenarios íntimos (seno familiar), donde la presencia de testigos es nula o poco frecuente. Por ende, parece lógico que el juzgador prime la situación del más débil entre el binomio víctima y el victimario, en razón de que históricamente en los sistemas de justicia no ha existido una presunción preliminar de “calidad de víctima”; este reconocimiento solo se alcanzaba al finalizar el proceso judicial¹³.

Partiendo de las ideas desglosadas en los párrafos precedentes, debemos concebir al *in dubio pro persona agredida* como un criterio de interpretación para afirmar la igualdad entre las partes, y

como herramienta de motivación para los autos finales que otorgan medidas de protección; que puede ser invocado por los operadores de justicia exclusivamente en los procedimientos de violencia familiar, para interpretar los supuestos de hecho y apreciar la convicción de los medios de prueba que acompañan la denuncia, desde el ángulo más favorable a la supuesta persona agredida, siempre que exista duda sobre la comisión de los hechos de violencia, y que esta persista luego de la valoración integral e imparcial (a través de la lógica, la ciencia y la máxima de la experiencia) de cada uno de los elementos de convicción.

c. Desarrollo de la legislación comparada

A nivel de América Latina, en Costa Rica encontramos el principal antecedente normativo de esta presunción, el mismo que se encuentra recogido en el artículo 13 de la Ley Contra la Violencia Doméstica (Ley 7586), bajo el siguiente enunciado:

Para interpretar esta ley, en caso de duda en la apreciación de la prueba, se estará a lo más favorable para el supuesto agredido.

Si bien el citado enunciado únicamente hace referencia a la existencia de los elementos probatorios contradictorios que generen duda en el juzgador, la jurisprudencia de este país ha ampliado su aplicación a la existencia de contradicciones en la descripción de hechos. Así, por ejemplo, en el Voto 269-2016, el Tribunal de Familia de San José señaló:

¹¹ Jorge Eras Díaz y Cristina Toledo Padilla, *Estudio de derecho comparado sobre la revocatoria de las medidas de protección en contravenciones de violencia física contra la mujer o miembros del núcleo familiar, para prevenir nuevos hechos de violencia cuando el agresor es declarado inocente* (tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, 2017).

¹² Juan Rojas, «Violencia doméstica y medidas cautelares», *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, 19 (2002): 17-38.

¹³ Eduardo López Betancourt y Roberto Fonseca Luján, «Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: Entre la demagogia y la impunidad», *Revista Criminalidad*, 58 (2016): 209-222.

De generar en los jueces/as una duda razonable y objetiva sobre la veracidad de los hechos de violencia denunciados, se debe interpretar tal duda a favor de la presunta víctima.

El citado pronunciamiento jurisdiccional ratifica lo señalado previamente por el mismo órgano en el Voto 870-2002, donde aludió lo siguiente:

La agresión normalmente ocurre en la intimidad del hogar; no es posible, en la generalidad de los casos, contar con testigos presenciales de los hechos. Por ende, ante la existencia de la duda razonable, corresponde recurrir a la aplicación de esta presunción [...].

En esa línea, tal como lo señala Laura Navarro Barahona, investigadora asociada al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, podemos afirmar que una de las ventajas de la Ley Contra la Violencia Doméstica de Costa Rica es haber recogido el principio de *in dubio pro persona agredida*, ya que esta institución se ha convertido en una herramienta para la motivación de las decisiones jurisdiccionales, y ha ubicado a esta nación como un referente regional en la materia¹⁴.

En Argentina, este imperativo es empleado por los operadores de justicia para realizar el balance entre las medidas autosatisfactivas¹⁵ o cautelares a dictar-

se y las probabilidades de que la víctima sufra nuevos hechos de violencia¹⁶. Si bien no se encuentra recogido expresamente en la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley 26.485), ha sido recogido genéricamente en el artículo 81 del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), que en resumen establece que sus disposiciones deberán ser interpretadas y ejecutadas del modo que mejor garantice los derechos reconocidos a la víctima.

En Brasil, pese a ser la nación referente en la región en adopción de legislación especializada en violencia familiar (promotores de la Convención de Belém do Pará), este principio no ha tenido un análisis y un debate profundo. No obstante, la Ley 11.340 (Ley María da Penha), que prohíbe la violencia doméstica y familiar contra la mujer; en su artículo 4 recoge la obligación de los operadores de justicia a interpretar la norma y a realizar sus actuaciones, conforme a las condiciones peculiares de la víctima. No obstante, el artículo 22 exige la posterior constatación del supuesto de violencia invocada. Siendo así, consideramos vía interpretación que el enunciado normativo citado preliminarmente podría concebirse como un claro ejemplo de aplicación del principio de *in dubio pro persona agredida*, pese a que su regulación no es expresa.

¹⁴ Laura Navarro Barahona, «Persecución por motivo de género», en su *Panorama internacional de derecho de familia: Culturas y sistemas jurídicos comparados* (México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006), 869-887.

¹⁵ Medidas autosatisfactivas. Son aquellas que se

toman con carácter urgente y que se agotan con una resolución favorable, como la exclusión del hogar, prohibición de regreso, etc.

¹⁶ Valerio Contini, «Medidas urgentes en casos de violencia», Sistema Argentino de Información Jurídica, 21 de setiembre de 2018.

México presenta una situación similar, en razón de que, en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el legislador no ha regulado de manera expresa los alcances de este precepto. Sin embargo, de la revisión exhaustiva de la misma, se advierte que en su artículo 27 establece que las órdenes de protección se aplican en función al interés superior de la víctima (fundamento histórico del *in dubio pro persona agredida*) y se otorgan de forma inmediata una vez se tome conocimiento de la situación fáctica que probablemente constituyan supuestos de violencia.

Partiendo de lo descrito en el párrafo precedente, y atendiendo a la técnica legislativa empleada en la redacción de la citada disposición normativa, consideramos que la legislación mexicana asume la probabilidad de la comisión de acciones o infracciones que impliquen violencia contra las mujeres, como la base de la actuación del sistema de justicia; por ende, su actuación se enmarca en los alcances del precepto materia de análisis, más aún si tenemos en cuenta que su fundamento histórico sí goza de una regulación expresa.

La legislación chilena, por su parte, presenta particularidades especiales. Por ejemplo, de la revisión de las disposiciones normativas de la Ley 20.066 (Ley de Violencia Intrafamiliar), se puede deducir que limita el uso de este principio, ya que para la actuación de los órganos jurisdiccionales (juzgados de familia) exige la existencia de situaciones fácticas inminentes de riesgo y establece, además, criterios concretos para determinar su configuración (ar-

tículo 7). Siendo así, pese a que en los últimos años en este país se ha registrado una serie de investigaciones ligadas al papel de la víctima en el sistema de justicia, el análisis sobre este precepto es escaso y casi nulo.

En Paraguay, la situación es distinta, ya que esta nación sí ha recogido de manera expresa en su marco normativo al principio de *in dubio pro persona agredida*, convirtiéndose así en el único país sudamericano en normar este precepto. En ese sentido, se tiene que en el artículo 46 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres contra toda forma de Violencia (Ley 5777)¹⁷ se establece que «para el dictado de las medidas cautelares y de protección personal, en caso de duda, se debe estar a lo manifestado por la víctima de los hechos de violencia». Al respecto, resulta indispensable señalar que la citada disposición se ha convertido en un instrumento determinante para garantizar la igualdad entre el agresor y el agredido, y para luchar contra la violencia de género.

En Bolivia, encontramos una singularidad especial en la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia (Ley 348), ya que, si bien en su artículo 47 establece que en caso de conflicto o colisión entre derechos individuales y colectivos, se dará preferencia a los derechos de la víctima, el

¹⁷ Artículo 46 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres contra toda forma de Violencia (Ley 5777): Principios Procesales. a) Verosimilitud. Para el dictado de medidas cautelares y de protección personal, en caso de duda, se debe estar a lo manifestado por la víctima de los hechos de violencia [...].

inciso 11 del artículo 86 establece que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten respecto a casos de violencia contra las mujeres debe fundarse en la verdad de los hechos comprobados. Siendo así, mientras la primera disposición de alguna manera habilitaría la aplicación de este precepto, la segunda limitaría su uso.

Similar panorama hallamos en Uruguay, ya que en las disposiciones normativas de la Ley de Erradicación de la Violencia Doméstica (Ley 17514) no encontramos una regulación expresa de este principio, más bien, a nuestro entender, de alguna manera se prescribe su uso, en razón de que, conforme lo dispone el artículo 8, la legitimidad del denunciante se funda en la verosimilitud de los hechos denunciados, los mismos que conforme el artículo 19 deben probarse que constituyen supuestos de violencia vinculados a la intimidad del hogar.

En Colombia, la Ley 294, destinada a prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, no recoge expresamente este principio; sin embargo, la Corte Constitucional de este país ha sentado como criterio jurisprudencial que, en caso de duda, deben tenerse por ciertas las afirmaciones realizadas por la accionante (víctima). Ello, habida cuenta de que resultaría desproporcional exigirle aportar elementos probatorios que soporten su denuncia (sentencia SU599/19¹⁸).

Como podemos advertir, esta nación ha recurrido a la jurisprudencia para sentar las bases del principio de *in dubio pro persona agredida*, e implementarla en el sistema de justicia; práctica que puede ser imitada por los demás países de la región, teniendo en cuenta que se ha convertido en una herramienta útil, necesaria y compatible con las garantías del proceso.

Por su parte, en Venezuela la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia tampoco recoge o prescribe este precepto; sin embargo, es invocada a menudo por sus operadores jurisdiccionales en el desempeño de sus funciones, pese a que en la norma citada no encontramos disposición específica o general que se relacione con el núcleo esencial de este imperativo.

Ecuador corre la misma suerte, ya que, si bien el principio del *in dubio pro persona agredida* no se encuentra expresamente regulado en el Código Orgánico Integral Penal, ni en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, el artículo 13 de esta última establece que la imposición de las medidas de amparo a favor de la víctima se adopta una vez que las autoridades competentes tengan conocimiento de un caso de violencia intrafamiliar, siendo la citada disposición normativa la base en la que los operadores jurisdiccionales fundan sus actuaciones urgentes e inmediatas.

¹⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU599/19 del 11 de diciembre de 2019.

Tabla 1: Regulación en América Latina

El principio de <i>in dubio pro persona agredida</i> en América Latina		
País	Regulación expresa	Base legal
Costa Rica	Sí	Artículo 13 de la Ley Contra la Violencia Doméstica
Argentina	No	Artículo 85 del Código Procesal Penal de la Nación (regulación general)
Brasil	No	
México	No	Artículo 27 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (regulación general)
Ecuador	No	
Chile	No	
Paraguay	Sí	Artículo 46 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres contra toda forma de Violencia
Bolivia	No	
Uruguay	No	
Colombia	No	
Venezuela	No	

Fuente: Elaboración propia (2021)

En el caso europeo, la situación es similar al de la mayoría de países de América Latina (el precepto no tiene una regulación expresa); sin embargo, el punto diferenciador es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (denominado también Convenio de Estambul), suscrito en el 2011; instrumento jurídico vinculante que insta a los Estados signatarios a incluir una serie de preceptos en sus actuaciones políticas y legislativas, entre ellos el interés superior de la víctima (fundamento histórico del principio de *in dubio pro persona agredida*).

IV. Compatibilidad con el sistema jurídico nacional

a. Desarrollo convencional indirecto

Si bien la presunción materia de análisis no ha sido reconocida expresamente por alguna disposición convencional vinculante, consideramos que se puede erigir que el fundamento de su aplicación se encuentra en el literal b del artículo 6 y los literales b y f del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), aprobado

y ratificado por el Perú en 1996¹⁹; en razón de que estas disposiciones recogen el derecho de la mujer a ser valorada y a recibir una protección especial (libre de patrones estereotipados y prácticas de inferioridad o subordinación), y establece la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia, ello implica la implementación de procedimientos legales justos y eficaces, aspectos que concebimos como manifestaciones esenciales del principio de *in dubio pro persona agredida*.

Partiendo de este razonamiento, y teniendo en cuenta que el principio de *in dubio pro persona agredida* es concebido como un subprincipio del principio de protección, consideramos que su aplicación se enmarca dentro de los estándares de la convención citada —instrumento internacional que, si bien tiene la condición de ser autoaplicativa²⁰ por estar destinada a la protección de los derechos humanos— y su aplicación en nuestro país es plena al haber sido aprobada y ratificada por el legislador nacional, e incorporado en políticas públicas y disposiciones normativas de obligatorio cumplimiento.

No obstante, resulta importante mencionar que hasta la fecha este precepto no ha recibido un desarrollo específico por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tampoco ha

sido recogido de forma expresa en los demás instrumentos convencionales; sin embargo, su uso cada vez es más frecuente en los órganos jurisdiccionales de la región, atendiendo a su naturaleza y a su concepción como mecanismo precautorio de la lucha contra la violencia familiar, cuyos efectos se extienden a toda persona que resulte afectada por algún tipo de violencia, conforme lo estable la legislación de la especialidad.

b. Vinculación con la Ley 30364

Si bien en la Ley 30364 no encontramos una regulación expresa del citado principio, dada la naturaleza de los procedimientos de violencia familiar (tutelar, cautelar y temporal) y teniendo en cuenta que su principal finalidad es arribar a una sanción adecuada para el agresor, brindar atención, protección y reparación a la víctima, consideramos que, al ser un criterio de interpretación y una herramienta de motivación de las decisiones judiciales, puede ser invocada por el órgano jurisdiccional para evitar que se emitan medidas de protección con cierta permisividad²¹, amparándose en su vinculación con los principios de debida diligencia, intervención inmediata y oportuna, razonabilidad y proporcionalidad regulados en su artículo 2.

En ese sentido, se puede decir que el sistema normativo local sigue la línea de la mayoría de países de América Latina y no recoge de manera expresa el princi-

¹⁹ El Estado peruano ha incorporado los contenidos y conceptos de la Convención de Belém do Pará en la Política Nacional de Igualdad de Género y la Ley 30364.

²⁰ Los tratados internacionales autoaplicativos se conciben como aquellos que operan automáticamente en un país sin necesidad de ser incorporados mediante un acto legislativo (basta con su ratificación); mientras que los no autoaplicativos requieren esta condición.

²¹ Roxana Arroyo Vargas, *Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica* (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2001).

pio de *in dubio pro persona agredida*; no obstante, en la Ley 30364, en su reglamento (Decreto Supremo 009-2016-MIMP) y en su Texto Único Ordenado (Decreto Supremo 004-2020-MIMP), tampoco encontramos disposición normativa alguna que prescriba o prohíba su uso. Por ende, asumiendo la postura descrita en el párrafo precedente, esta presunción es compatible con las disposiciones legales nacionales sobre violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, atendiendo a que su uso se encuentra vinculado a los principios rectores de los procedimientos de violencia familiar y las disposiciones normativas que establecen los criterios objetivos para dictar las medidas de protección.

No obstante, no debemos concebir a esta presunción como un supuesto de criminalización del presunto agresor (denunciado), sino como una institución tutelar que puede ser invocada por los operadores jurisdiccionales, cuando persista la duda sobre los hechos de violencia denunciados; luego de la valoración y análisis integral del caso y de sus incidencias²², conforme a los criterios establecidos en el artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley 30364²³. Por ende, la invocación

de este principio debe fundarse en aspectos objetivos.

c. Fundamento constitucional de su aplicación

Teniendo en cuenta que la citada presunción puede ser concebida como un subprincipio del principio de protección, consideramos que su aplicación se encontraría amparada en los artículos 1 y en los incisos 1, 2 y 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, enunciados constitucionales de los que se desprende la obligación estatal de garantizar la vida, la integridad, la igualdad y la dignidad humana; derechos fundamentales relacionados directamente con el núcleo esencial del principio de *in dubio pro persona agredida*.

En ese sentido, tal como se viene postulando, la invocación de este precepto es exclusivo para los procesos tutelares de violencia familiar. Por ello, el juez de familia debe actuar con absoluta imparcialidad, libre de prejuicios, sugerencias, ideologías, influencias amicales o familiares, presiones mediáticas y otros factores subjetivos; en razón de que, si bien la víctima (parte más dé-

²² Entre las incidencias más comunes en los casos de violencia familiar encontramos la intención de la persona agredida de desistirse de la denuncia, las contradicciones y cambios de versión en sus declaraciones, el negarse a colaborar con las instituciones del sistema de justicia, entre otros.

²³ Artículo 33. Criterios para dictar medidas de protección

El juzgado de familia dicta las medidas de protección teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. Los resultados de la ficha de valoración de riesgo y los informes sociales emitidos por entidades públicas competentes.

- b. La existencia de antecedentes policiales o judiciales.
- c. La relación entre la víctima con la persona denunciada.
- d. La diferencia de edades y la relación de dependencia entre la víctima y la persona denunciada.
- e. La condición de discapacidad de la víctima.
- f. La situación económica y social de la víctima.
- g. La gravedad del hecho y la posibilidad de una nueva agresión.
- h. Otros aspectos que denoten el estado de vulnerabilidad de la víctima [...]

bil) requiere obtener tutela urgente, su otorgamiento definitivo o provisorio debe fundarse en razones objetivas que limiten el ejercicio abusivo de la discrecionalidad o colisionen con el derecho de igualdad ante la ley.

d. Desarrollo jurisprudencial indirecto

El principio evaluado puede ser concebido también como un supuesto de aplicación del principio precautorio²⁴, garantía constitucional desarrollada conceptualmente por el Tribunal Constitucional en las sentencias de los Expedientes 04223-2006-AA/TC²⁵, 3510-2003-AA/TC²⁶ y 04216-2008-PA/TC²⁷, en los cuales el máximo intérprete de la Constitución indicó, entre otras precisiones, que su aplicación se encuentra ligada a la obligación del Estado a adoptar medidas de cautela urgentes, destinadas a garantizar los derechos fundamentales de la persona frente a indicios de violación o amenaza.

En ese sentido, si bien el principio precautorio constituye una garantía constitucional y el *in dubio pro persona agredida* un principio instrumental, el contenido esencial de este último se

funda en criterios de precaución y de actuación urgente del Estado; mientras que la aplicación del primero se realiza a través de preceptos instrumentales mediante los cuales el sistema de justicia busca atender una determinada problemática, desde una perspectiva tuitiva, pero objetiva e imparcial.

En esa línea, teniendo en cuenta la naturaleza y las implicancias de la violencia familiar, resulta indispensable la actuación urgente de las entidades del sistema de justicia ante el mínimo indicio de la existencia de violencia psíquica, física, sexual o económica patrimonial que pueda presentar la presunta persona agredida. Esta actuación precautoria se materializa con la emisión del auto final de medidas de protección, pronunciamiento jurisdiccional que, al igual que una sentencia definitiva en un proceso judicial tradicional, constituye un pronunciamiento de fondo que otorga derechos (personales y/o reales), aunque estos sean de carácter temporal y provisorio.

Partiendo de los fundamentos desglosados en los párrafos precedentes, podemos afirmar que el principio de *in dubio pro persona agredida* es compatible con las disposiciones constitucionales de nuestra Carta Magna, primero, porque su aplicación se encontraría amparada en las disposiciones citadas, y, segundo, porque se puede concebir como una manifestación del principio de actuación precautoria del Estado, valor superior de interpretación destinado a garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales, a través de pronunciamientos jurisdiccionales de

²⁴ La aplicación del criterio de precaución implica que, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe ser la razón para postergar la adopción de medidas eficaces que las eviten.

²⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 04223-2006-AA/TC, del 2 de junio de 2007, fundamento jurídico 27.

²⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 3510-2003-AA/TC, del 13 de abril de 2005, fundamento jurídico 4.

²⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 3510-2003-AA/TC, del 6 de marzo de 2013, fundamento jurídico 11.

fondo (sentencias y/o autos finales²⁸) temporales y cautelares.

e. Sobre la permisión de su invocación

Tal como se ha señalado previamente, la invocación de *in dubio pro persona agredida* no se encuentra proscrita o prohibida legalmente; no obstante, la permisión de su uso no debe justificarse únicamente en la noción tradicional: “*todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido*”, ya que, tal como lo señala el célebre maestro Eugenio Bulygin (2010)²⁹, “la ausencia de regulación no es pragmáticamente equivalente a la regulación permisiva”; tal calidad implica valorar todos los elementos ligados a la permisión y a la no prohibición.

En ese sentido, el *principio de permisión*, como un estándar de la concepción filosófica del derecho, implica analizar si, sobre el precepto materia de análisis, el marco normativo contiene alguna disposición que permita su invocación (permisión fuerte) o si en esta no existe disposición que la prohíba (permisión débil)³⁰. Al respecto, corresponde recalcar que en el sistema jurídico local

no encontramos una proscripción o permisión expresa; sin embargo, por su vinculación con el principio de protección, el principio precautorio y el interés superior de la víctima, podemos señalar que el *in dubio pro persona agredida* goza de una permisión especial y necesaria, propia de la obligación del Estado de garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales y evitar daños irreparables, recogidos en el artículo 2 de nuestra Constitución.

V. El *in dubio pro persona agredida* como principio

El derecho concibe los principios como los valores superiores, como el fundamento de la renovación del marco normativo, como regla de interpretación y como fuente en caso de insuficiencia normativa. En ese sentido, corresponde justificar el carácter de mandato de optimización del *in dubio pro persona agredida* desde estos aspectos.

Sin duda, el *in dubio pro persona agredida* constituye un potencial fundamento para la renovación del marco normativo, pues, como se ha desglosado previamente, en los últimos años varios países han adoptado disposiciones normativas tuitivas; por ende, es predecible que nuestro país adoptará, en los años siguientes, una serie de reformas normativas entre la que encontraremos el reconocimiento legal de este precepto, más aún si tenemos en cuenta su invocación progresiva en la administración de justicia.

Por otro lado, teniendo en cuenta que por su naturaleza puede ser concebida como una herramienta de interpretación, cuya regla imperativa implica interpretar los

²⁸ Las sentencias y los autos finales son concebidos procesalmente como pronunciamientos jurisdiccionales de fondo por su contenido decisorio, en razón de que a través de los mismos el juez da respuesta a la pretensión de las partes y ponen fin al proceso.

²⁹ Eugenio Bulygin, «Ciclo de conferencias de Filosofía del Derecho: Permisión y no prohibición», Universidad de Buenos Aires, 22 de diciembre de 2010.

³⁰ Victoria Iturralde Sesma, «Consideración crítica del principio de permisión según el cual “lo no prohibido está permitido”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15 (1998): 187-218.

hechos y las pruebas desde el ángulo más favorable a la víctima, su valor de optimización subyace en este fundamento característico de los procesos tutelares en los que se busca equiparar las condiciones de las partes; por lo tanto, constituye un criterio de interpretación general que apunta a la protección preventiva y oportuna de la persona, aspecto que además puede ser percibido como una obligación moral de los operadores del sistema de justicia.

Además, si bien es un precepto novedoso (propio de la victimología moderna), su invocación es frecuente por los operadores de justicia frente a la insuficiencia normativa de situaciones fácticas no contempladas en la norma, alcanzando un valor superior de vinculación general. Por estas razones, consideramos que el *in dubio pro persona agredida* tiene la calidad de principio; no obstante, su invocación se debe realizar exclusivamente en los procesos jurisdiccionales tuitivos y temporales, que no generan situaciones jurídicas definitivas, sino cautelares y variables como los procedimientos de violencia familiar.

VI. Supuestos de aplicación

Teniendo en cuenta la naturaleza del principio de *in dubio pro persona agredida*, y conforme a lo ampliamente expuesto, su aplicación únicamente se debería producir en los procedimientos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, específicamente para motivar el auto final mediante el cual se dictan las medidas de protección, siempre que se configuren de forma conjunta los siguientes supuestos:

- (i) Cuando exista contradicción en la descripción de hechos.

- (ii) Cuando existan elementos probatorios contradictorios.

A nuestro entender, el primer supuesto implica que la contradicción resida en la descripción de los hechos extraídos de la declaración del agresor, de la víctima y los testigos. Mientras que el segundo implica que la contradicción se funde en la valoración integral del acervo probatorio ofrecido en la denuncia y en los descargos del supuesto agresor.

No obstante, a juicio personal, consideramos que la denominada interpretación más favorable para la parte considerada «más débil»³¹ puede ser invocada también para liberar la participación de la persona agredida en las audiencias especiales de esclarecimiento de los hechos, actuación procesal catalogada como un potencial escenario de revictimización.

VII. Implicancias frente a los derechos del presunto agresor

Los cuestionamientos más comunes que encontramos en el estudio de este principio se enmarcan principalmente en posibles vulneraciones al derecho de defensa y al derecho de presunción de inocencia del presunto agresor. En ese sentido, en los párrafos siguientes analizaremos cada uno de estos supuestos, con la finalidad de tener una mirada profunda de las implicancias reales de este precepto.

Sobre el derecho de defensa del presunto agresor, se debe precisar que los procesos

³¹ Parte más débil. En los procedimientos de Violencia contra la Mujer e Integrantes del Grupo Familiar, siempre se considera como parte más débil al agredido.

especiales, como el de medidas de protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar —regulado por la Ley 30364—, no son ajenos al ámbito de protección del derecho de defensa. Sin embargo, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 03378-2019-PA/TC³², estas presentan características o elementos propios como la temporalidad, viabilidad y la urgencia; en razón de que su principal finalidad es garantizar una vida libre de violencia, siendo así, a nuestro entender, el uso de la presunción materia de análisis se encuentra justificado por el ámbito *prima facie* del derecho fundamental citado.

No obstante, la posible colisión con algunas de las manifestaciones del derecho de defensa del presunto agresor no resulta desproporcional ni irrazonable, si se compara con los alcances del derecho a una vida libre de violencia que se busca alcanzar con este procedimiento tuitivo, más aún si tenemos en cuenta que las medidas de protección no generan situaciones jurídicas definitivas, estas son susceptibles a variación o extinción; además, el supuesto agresor puede recurrir al superior en grado vía impugnación, si considerase que el órgano jurisdiccional de primera instancia ha vulnerado su derecho de defensa.

Asimismo, resulta indispensable señalar que la emisión de una medida de protección no significa la atribución automática del estatus de responsable penal, pues, tal como lo ha señalado el máximo intérprete de la Constitución en el pronunciamiento jurisdiccional citado en los párrafos precedentes, la

determinación de la responsabilidad penal debe seguir el curso que la normatividad procesal penal prevé para tal efecto.

Por otro lado, tal como señala el investigador chileno adscrito a la Universidad de Salamanca Fernando Martín Diz, la atribución de responsabilidad provisional por supuestos de violencia familiar no priva al supuesto agresor del disfrute de sus derechos constitucionalmente, como el de defensa y la presunción de inocencia³³, ya que las mismas son provisionales³⁴. Agrega también que, durante los procedimientos de violencia familiar, si bien el investigado presenta una débil posición, ya que al menos a nivel social todos los factores están en su contra, y que, además, debe afrontar la casi automática credibilidad a las informaciones sobre la comisión de supuestos de violencia familiar, el trámite del procedimiento especial no debe mermar ni olvidar los derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

En ese sentido, consideramos que la invocación del principio de *in dubio pro persona agredida*, como una herramienta de motivación de las medidas de protección, no colisiona con el contenido esencial del derecho de defensa y presunción de inocencia del supuesto agresor; en razón de que por su naturaleza no constituye una situación jurídica definitiva³⁵, sino temporal, provisional e impugnabile; tampoco implica la

³² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Expediente 03378-2019-PA/TC, del 5 de marzo de 2020, fundamentos jurídicos 14 y 15.

³³ La presunción de inocencia se destruye con una sentencia firme, no con un auto de medidas de protección.

³⁴ Fernando Martín Diz, «Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género», *Revista Ius et Praxis*, 24 (2018): 19-66.

³⁵ Leticia Molina Blanco, «Estudio sobre la aplicación de la Ley Contra la Violencia Doméstica», *Revista Espiga*, 4 (2001): 60-78.

atribución automática del estatus de responsable. Por ello, este precepto debe concebirse como una regla de ponderación, para evitar el desamparo de la víctima, la emisión de decisiones jurisdiccionales que avalen la impunidad a partir de defectos procesales o estructurales; y descartar actuaciones judiciales prejuiciosas que afecten la igualdad entre las partes³⁶.

Conclusiones

Teniendo en cuenta los argumentos expresados en los párrafos precedentes, a modo de conclusión podemos afirmar lo siguiente:

- El *in dubio pro víctima* es un precepto novedoso que responde a una concepción moderna del papel de la víctima en el sistema de justicia, definida tradicionalmente como la interpretación de los hechos y la apreciación de la prueba desde el ángulo más favorable para el supuesto agredido. En ese sentido, constituye un criterio de interpretación y una herramienta de motivación, destinada a equiparar la condición de desventaja inicial del agresor y el agredido, y a justificar la emisión de decisiones jurisdiccionales temporales y cautelares, destinadas a prevenir situaciones irreparables y a garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales.

- Su invocación debe ser exclusiva en los procedimientos de violencia familiar, siempre que se presenten de forma conjunta los siguientes supuestos: (i) cuando exista contradicción en la descripción de hechos y (ii) cuando existan elementos probatorios contradictorios.
- Es compatible con el sistema jurídico local, en razón de que no se encuentra proscrita expresamente (goza de una permisión especial). Además, al ser concebida como una manifestación del principio precautorio, se encuentra vinculada a los principios rectores de los procedimientos de violencia familiar. Asimismo, el fundamento constitucional de su aplicación emerge de su vinculación con el principio de protección, recogida en los artículos 1 y 2 (incisos 1, 2, y 22) de la Constitución Política del Perú; enunciados constitucionales de los que se desprende la obligación estatal de garantizar la vida, la integridad, la igualdad y la dignidad humana; derechos fundamentales relacionados directamente con la finalidad de este precepto.
- Su aplicación no colisiona con el derecho de defensa o el de presunción de inocencia del supuesto agresor; en razón de que las medidas de protección no constituyen situaciones jurídicas definitivas, sino temporales y provisiones; asimismo, no implica la atribución automática del estatus de responsable penal.
- El abordaje de este precepto en la legislación de los países de América Latina no es uniforme. Gozan de una regulación expresa únicamente en Costa Rica y Paraguay.

³⁶ El principio de *in dubio pro persona agredida* no debe concebirse como un prejuicio hacia el agresor, ya que su invocación exige la configuración de dos supuestos específicos: la existencia de contradicciones en la descripción de hechos y la existencia de elementos probatorios contradictorios.

Bibliografía

- Almirón Prujel, Elodia. «El principio pro persona como eje rector interpretativo en materia de derechos fundamentales». *Revista Jurídica Universidad Americana*, 4 (2016): 13-21.
- Arroyo Vargas, Roxana. *Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica*. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2001. <https://bit.ly/3GvA2g4>
- Arroyo Vargas, Roxana. «Derecho de familia, pensiones alimentarias y violencia doméstica». *Revista Pensamiento Jurídico Feminista*, 2 (2006): 171-179.
- Beristain Ipiña, Antonio. *Nuevas soluciones victimológicas*. México: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 1999.
- Beristain Ipiña, Antonio. «La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, *in dubio pro reo*; hoy, *pro víctimas*; mañana, *las víctimas protagonistas*)». *Revista de la Sociedad Mexicana de Criminología*, 1 (2008): 7-18.
- Bulygin, Eugenio. «Ciclo de conferencias de Filosofía del Derecho: Permiso y no prohibición», Universidad de Buenos Aires, 22 de diciembre de 2010. <https://bit.ly/3LiFQx2>
- Centro de Información Jurídica en Línea. *Apresiasi de la prueba en los procesos de violencia doméstica*. (Costa Rica: Colegio de Abogados(as) de Costa Rica, 2007). <https://bit.ly/34LTYyd>
- Contini, Valerio. «Medidas urgentes en casos de violencia». Sistema Argentino de Información Jurídica, 21 de setiembre de 2018. <https://acortar.link/9UQZeR>
- Cuarezma Terán, Sergio. «La victimología». En Picado, Sonia; Cançado, Antonio y Cuéllar Roberto (comp.). *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo V. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, 295-317.
- Eras Díaz, Jorge y Toledo Padilla, Cristina. *Estudio de derecho comparado sobre la revocatoria de las medidas de protección en contravenciones de violencia física contra la mujer o miembros del núcleo familiar, para prevenir nuevos hechos de violencia cuando el agresor es declarado inocente*. Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, 2017. <https://bit.ly/3LmyHMk>
- Garay Salamanca, Luis y Vargas Valencia, Fernando. *Memoria y reparación: Elementos para una justicia transnacional pro víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Iturralde Sesma, Victoria. «Consideración crítica del principio de permiso según el cual “lo no prohibido está permitido”». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15 (1998): 187-218.
- Landrove Díaz, Gerardo. *Victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.
- López Betancourt, Eduardo y Fonseca Luján, Roberto. «Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: Entre la demagogia y la impunidad». *Revista Criminalidad*, 58 (2016): 209-222. <https://bit.ly/3oBIkNr>
- Martín Diz, Fernando. «Presunción de inocencia en procesos penales por violen-

cia de género». *Revista Ius et Praxis*, 24 (2018): 19-66.

Molina Blanco, Leticia. «Estudio sobre la aplicación de la Ley Contra la Violencia Doméstica». *Revista Espiga*, 4 (2001): 60-78.

Navarro Barahona, Laura. «Persecución por motivo de género». En su *Panorama Internacional de Derecho de Familia: Culturas y Sistemas Jurídicos Compara-*

dos, 869-887. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

Rodríguez Manzanera, Luis. *Victimología*. México D. F.: Editorial Porrúa, 2010.

Rojas, Juan. «Violencia doméstica y medidas cautelares». *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, 19 (2002): 17-38.

LOS DERECHOS CONEXOS EN LA INDUSTRIA MUSICAL: UNA MIRADA ANALÍTICA AL CASO CONTROVERSIAL DE LA ARTISTA ESTADOUNIDENSE TAYLOR SWIFT

Related rights in the music industry: An analytical look at the controversial case of american artist Taylor Swift

Autor: Luis Jeampierre Ramos Apaza*

REVISTA
LP Derecho

**Luis Jeampierre
Ramos Apaza**

«Los derechos conexos en la industria musical: Una mirada analítica al caso controversial de la artista estadounidense Taylor Swift».

Revista LP Derecho.
2 (2022): 144-159.

Recibido: 30/11/2021

Aprobado: 27/1/2022

* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú. Correo electrónico: luisjeanpierramos@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8346-8319>

Resumen

Con el objeto de comprender de una manera didáctica los derechos conexos en la industria musical, analizamos uno de los casos más mediáticos de los últimos años. Nos referimos al de la cantante Taylor Swift en su intento por recuperar los másteres de sus seis primeros álbumes, en los que no ha tenido alguna injerencia en la explotación económica. Explicaremos el porqué de su ingeniosa decisión de regrabar las canciones contenidas en los álbumes en disputa. Así también, revisaremos las diferencias entre el sistema *copyright*, bajo el que se suscitó el conflicto, y nuestro sistema continental de propiedad intelectual.

Palabras clave

Derechos conexos, propiedad intelectual en la industria musical, *copyright*, Taylor Swift.

Abstract

In order to understand related rights in the music industry in a didactic way, we analyze one of the most media cases in recent years. We refer to that of the singer Taylor Swift in her attempt to recover the masters of her first six albums, of which she has not had any interference in economic exploitation. We will explain the reason for her ingenious decision to re-record the songs contained in the disputed albums. Also, we will review the differences between the copyright system, under which the conflict arose, and our continental intellectual property system.

Keywords

Related rights, intellectual property in the music industry, copyright, Taylor Swift.

Introducción

El mundo entero ha encontrado nuevamente a la popular cantante Taylor Swift ocupando las listas de reproducción de los medios de difusión musicales más importantes; pero esta vez hay un notable detalle por destacar: los lanzamientos de sus nuevas canciones son versiones regrabadas de creaciones musicales que ya habían sido lanzadas años atrás en diferentes puntos de su carrera¹. Este artículo busca aclarar el panorama en cuanto a las dudas que han surgido sobre este fenómeno, debido a que hay muchas notas de prensa que en sus titulares aseveran que esta situación se produce a raíz del deseo de la artista por recuperar los derechos de autor de sus canciones²; por otro lado, hay personas que han tildado su actitud como la de alguien que busca más dinero y atención con glorias pasadas, pero ¿cuál es la verdad detrás de la decisión que ha tomado la artista?

Lo cierto es que muchas personas confunden algunos términos en propiedad intelectual, dando por sentado que la artista busca recobrar los derechos de autor sobre sus canciones, cuando la verdad es que los

derechos en controversia son derechos conexos, por lo que vamos a analizar el caso en concreto para poder diferenciarlos de los derechos de autor. Esto nos ayudará a comprender una de las estrategias legales más interesantes que se han realizado en la industria musical en los últimos años.

I. Antecedentes del caso Taylor Swift

Para comprender el caso, hay que remontarnos años atrás. La cantante Taylor Swift ha gozado de mucha popularidad a lo largo de las últimas décadas, es una artista que ha roto muchos récords de ventas y reproducción³. Su popularidad se ha incrementado constantemente hasta el día de hoy, por lo que ha llegado a ser considerada por Forbes como la mujer joven más influyente del mundo en el 2020⁴.

Taylor Swift firmó un contrato con la discográfica Big Machine Records, con la que realizó seis álbumes de estudio del 2005 al 2017⁵. El primer lanzamiento fue el álbum *Taylor Swift*, el cual marcaba el debut artístico de la cantante, quien en ese entonces contaba con tan solo dieciséis años de edad. Luego, llegaron los también exitosos álbumes: *Fearless*, *Speak Now*, *Red*, *1989* y *Reputation*.

¹ Frank Pallotta, «Por qué Taylor Swift está grabando de nuevo sus canciones», *CNN*, 12 de febrero de 2021.

² Patricia Nuñez, «Taylor Swift: ¿Por qué ha vuelto a grabar todos sus éxitos?», *Marie-Claire.es*, 26 de febrero de 2021.

³ F. Javier Girela, «Estos son los 14 récords que ha fulminado Taylor Swift», *GQ España*, 4 de julio de 2016.

⁴ Maryori Correa, «Taylor Swift, “la mujer más influyente 2020” según *Forbes*», *Noticias News*, 9 de enero de 2021.

⁵ Alex Finnis, «Taylor Swift masters: The controversy around Scooter Braun selling the rights to her old music explained», *inews.co.uk*, 17 de noviembre de 2021.

En el contrato, Taylor cedía a la empresa el control absoluto sobre los másteres o grabaciones de las canciones contenidas en estos álbumes; sin embargo, conservaba otros derechos, como los que se le atribuyen al ser compositora de las piezas musicales, por los cuales percibe unos *royalties*.

Los ingresos por explotación de estos másteres le otorgaban a la empresa discográfica aproximadamente el 80 % de todas sus ganancias⁶, algo que la artista en su momento consideró injusto, ya que ella no tenía injerencia alguna en el control de estos fonogramas, lo que la impulsó a negociar con la empresa para intentar obtener una porción de esas millonarias utilidades.

Al no llegar a ningún acuerdo y finalizado el contrato, en noviembre de 2018, Taylor abandona Big Machine Records y firma con Republic Records un contrato con mejores condiciones y prestaciones para la artista⁷. En 2019 se pone a la venta Big Machine Records, y la termina adquiriendo Scotter Braun, dueño de Ithaca Holdings, por lo que todos los álbumes pasan a ser parte de la propiedad de esta empresa⁸. Cabe destacar que, incluso antes de concretarse la transferencia, Swift y Braun tenían diferencias profesionales notorias ante los medios, por lo que la cantante auguraba situaciones conflictivas, las cuales se hicieron realidad cuando Braun impidió

que la artista utilizara su material antiguo en más de una ocasión⁹.

En junio de 2019, Swift aseveró que, antes de la adquisición de los másteres por Ithaca Holdings, intentó comprar las grabaciones; sin embargo, Big Machine Records propuso condiciones desfavorables para la artista¹⁰, pues buscaba comprometerla a la producción de un nuevo álbum, lo que provocó un desacuerdo entre ambas partes.

En el último peldaño de esta historia, Ithaca Holdings vende en 2020 a un fondo de inversión los derechos sobre las grabaciones de los seis primeros álbumes de la cantante estadounidense¹¹. Después de un año desde el anuncio oficial de su decisión, Taylor Swift anuncia el inicio de la regrabación de las canciones contenidas en los álbumes en disputa¹², esto para generar nuevos derechos a partir de las nuevas versiones y así poder explotarlos económicamente.

¿Por qué toma esta decisión Taylor Swift? ¿Qué nuevos derechos está generando? Antes de explicarlo, debemos aclarar algunos conceptos como el de derechos conexos y la diferencia del tratamiento que hay entre los derechos de autor y el *copyright*, el sistema que maneja el país donde se suscitó el conflicto.

⁶ Chris Willman, «Taylor Swift Stands to Make Music Business History as a Free Agent», *Variety*, 27 de agosto de 2018.

⁷ Sara Corbel, «Taylor Swift firma con Republic Records y cambia reglas de juego de la industria», *Noticias CLAVE de la industria musical y la contratación artística*, 20 de noviembre de 2018.

⁸ Constance Grady, «The Taylor Swift/Scotter Braun controversy, explained», *Vox*, 1 de julio de 2019.

⁹ Rania Anifotos, «Taylor Swift Says Scooter Braun & Scott Borchetta Won't Let Her Perform Her Old Songs at 2019 AMAs», *Billboard*, 14 de noviembre de 2019.

¹⁰ Marianne Garvey, «Taylor Swift se lamenta sobre la venta de su catálogo: "Este es mi peor escenario"», *CNN*, 1 de julio de 2019.

¹¹ Shirley Halperin, «Scooter Braun Sells Taylor Swift's Big Machine Masters for Big Payday», *Variety*, 16 de noviembre de 2020.

¹² Chris Willman, «Taylor Swift Confirms Sale of Her Masters, Says She Is Already Re-Recording Her Catalog», *Variety*, 16 de noviembre de 2020.

II. Derechos conexos y su relación con los derechos de autor

II.1. Derechos de autor

El derecho de autor es un derecho humano reconocido en el artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³, el cual proclama: «Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autora».

Los derechos de autor protegen cualquier tipo de creación del ingenio humano y, al contrario de lo que muchas personas piensan, no requieren ningún tipo de registro para su existencia, la protección es automática. Sin embargo, las obras, para su protección, requieren estar expresadas en algún formato y ser originales¹⁴. Los registros que formulan las diferentes regulaciones en el mundo reconocen la protección que preexiste en caso de que se cumplan los requisitos para que una obra otorgue los derechos de autor a su creador.

Las ideas no son susceptibles de ser protegidas por los derechos de autor, solo la expresión de estas; es decir, si yo fuese un compositor y tengo en mente escribir una canción sobre las causales e impactos de mi última ruptura amorosa, no puedo presumir que mi idea está siendo protegida por los derechos de autor, ni mucho menos solicitar su registro. Cuando esta idea esté por fin expresada en una partitura que de-

note una melodía, o tal vez en una obra distinta, como vendría a ser la letra de una canción, solo ahí podría aseverar que estas expresiones me otorgan derechos de autor. En la práctica, si deseo otorgar la licencia a alguien para que use mi creación, es muy probable que me solicite pruebas de mi titularidad de los derechos de autor correspondientes, y es aquí en donde entra a tallar la recomendación de registrar la obra como propia; sin embargo, hay que recalcar que el registro no genera mis derechos, ya que estos preexisten desde la creación de mi obra. El registro tiene carácter declarativo y persigue un fin de publicidad registral.

Los derechos de autor se dividen en derechos morales y patrimoniales. Los derechos morales otorgan al autor un reconocimiento eterno como la persona que creó la obra, es decir, que incluso después de su muerte siempre se le distinguirá como el creador; asimismo, mientras se encuentre con vida, le atribuyen la facultad de control absoluto sobre la difusión de su obra, es así como únicamente el autor decide sobre su divulgación. Como compositor, si creo la letra de una canción, puedo iniciar su difusión o simplemente guardarla en un cajón durante años antes de interpretarla o de brindarle una licencia a alguien más para que lo haga; también podría simplemente no divulgar mi obra jamás. A diferencia de los derechos patrimoniales, los derechos morales no se pierden con el paso del tiempo y son irrenunciables¹⁵.

Los derechos patrimoniales son aquellos que el autor ostenta para explotar la obra que ha creado. El autor puede autorizar la

¹³ *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (San José de Costa Rica: IIDH, 1998).

¹⁴ Enrique Caveró, «El concepto de originalidad en el derecho de autor peruano», *Forseti Revista de Derecho*, 5 (2019): 113-127.

¹⁵ «Los derechos morales», *Cerlalc*, 16 de setiembre de 2021.

reproducción o distribución parcial o total de la obra; así como decidir sobre la traducción, adaptación o transformación de ella¹⁶. Los derechos patrimoniales del autor son protegidos hasta un periodo posterior al día de su muerte, que comprende una determinada cantidad de años, que varía dependiendo de cada regulación. En nuestro país, ese periodo corresponde a setenta años¹⁷. Pasado ese tiempo, la obra pasa a dominio público, por lo que cualquier persona podría utilizarla y reproducirla sin solicitar ningún permiso al autor, claramente respetando los derechos morales de este al reconocer que la obra ha sido creada por su persona.

En el caso que nos compete, gracias a sus derechos morales, el compositor de una canción siempre será reconocido como el creador de esa obra, ya sea por haber escrito la letra o por haber impregnado la melodía en las partituras, o tal vez por ambos. Cabe destacar que ambas composiciones son obras distintas que podrían realizarlas tanto la misma persona como diferentes compositores. Así también, el compositor podría explotar económicamente su creación, así como decidir sobre la reproducción o distribución de esta, incluso sobre su transformación o traducción.

II.1.1. Expresión de una idea y el requisito de originalidad

Una obra necesariamente tiene que ser original para acceder a la protección por los

derechos de autor; sin embargo, la originalidad nada tiene que ver con la protección de las ideas, sino más bien con la expresión de estas¹⁸.

Como mencionamos líneas arriba, una idea no es objeto de protección para los derechos de autor, sino, la expresión de esta; motivo por el cual de una idea podrían llevarse a cabo y exponerse más de una forma de expresión en distintos formatos y, aun así, todas esas expresiones serían susceptibles de protección ante los derechos de autor.

En nuestro país, a través de un precedente de observancia obligatoria¹⁹, la Sala de Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual publicó el siguiente concepto: «Debe entenderse por originalidad de la obra, la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad».

Retomemos a nuestro ejemplo del compositor que escribe una canción sobre su última ruptura amorosa. Ya aclaramos que no podría exigir protección de su idea, pero sí de cualquier creación original que surja de esa idea expresada en cualquier formato, que en su caso vendría a ser una composición musical. Muchos otros artistas o compositores de todas las partes del mundo

¹⁶ «Los derechos patrimoniales», *Cerlalc*, 16 de setiembre de 2021.

¹⁷ Perú, Congreso de la República del Perú. Ley sobre el derecho de autor, Decreto Legislativo 822, artículo 52, aprobado el 19 de diciembre de 2003.

¹⁸ Raúl Solórzano, *La protección jurídica del derecho de autor y de los derechos conexos* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2020).

¹⁹ Perú, Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 286-1998-TPI-INDECOPI, emitida el 23 de marzo de 1998.

podrían coincidir con la idea originaria de este compositor, al intentar crear una obra basada en sus últimas rupturas amorosas. Estos otros artistas podrían plasmar la idea bajo la impronta de su personalidad en diferentes creaciones musicales y todas estas serían protegidas por los derechos de autor. En la realidad, vemos múltiples canciones de diversos géneros que contienen el mismo tópico, pero que denotan un carácter propio desprendido de la personalidad del artista.

Por lo tanto, para que una creación pueda acceder a la protección, debe demostrar una individualidad derivada de la personalidad del autor. Si este no fuera el caso y hubiera señales de copia de otra obra preexistente, no solo no se podría acceder a la protección a través de los derechos de autor, sino que el autor de la obra original podría tomar acciones legales en contra de la creación plagiada. Esto sucedería aun si la obra original no hubiese sido divulgada al momento de la publicación de la obra plagiada, porque, como mencionamos líneas arriba, la protección por derechos de autor es automática y no requiere ningún tipo de registro; asimismo, el autor tiene la facultad de reservar su obra y divulgarla cuando quiera, o simplemente no divulgarla.

Diversas composiciones que han interpretado famosos cantantes han sido objeto de controversia y denunciadas por plagio en casos muy controversiales. Tanto las letras de las canciones como las melodías que las acompañan han puesto en el ojo de la tormenta a artistas como The Beatles, Shakira, Ray Parker Jr. y Radiohead, entre otros²⁰.

²⁰ «Ocho casos célebres de plagio en la historia del pop», *BBC Mundo*, 22 de agosto de 2014.

En el presente caso, se presenta la duda sobre si Taylor Swift podría estar plagiándose a sí misma al realizar y lanzar nuevas versiones de sus composiciones, o si el actual propietario de los másteres podría tomar acciones legales contra ella por realizar grabaciones de canciones que ya existen, especialmente cuando las nuevas versiones comparten prácticamente las mismas melodías y letras.

II.2. Derechos conexos

Los derechos conexos son aquellos que van relacionados a quienes realizan actividades ligadas a la creación artística, pudiendo no ser autores. En este grupo encontramos a los artistas intérpretes o ejecutantes de las obras, que tendrían derechos conexos sobre sus interpretaciones; también están los productores de fonogramas a través de la grabación de las interpretaciones, sobre los cuales también recaen derechos conexos; y las empresas de radiodifusión que transmiten estos fonogramas a través de emisiones, las cuales también están protegidas por este tipo de derechos²¹.

A nivel internacional, la Convención de Roma ha previsto la protección de los derechos conexos de intérpretes, productores y organismos de radiodifusión. De una manera más específica, el Convenio de Ginebra se ha centrado más en regular la protección de los productores de fonogramas.

A su vez, el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre

²¹ *Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión* (Suiza: Base de datos de la OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual, 2016).

Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (WPPT) se centra en la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. Esta vendría a ser la regulación más actual de los derechos conexos en la industria musical y actualizaría algunos términos, acomodándolos a la transformación digital del nuevo milenio²². Es así como los fonogramas vendrían a ser toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación de otros sonidos. La mención de una «representación de sonidos» incluye los avances tecnológicos y toma en cuenta los sonidos generados por ordenadores o aquellos que han sido modificados mediante sintetizadores o análogos. Los fonogramas, a su vez, pasan de ser estar contenidos en soportes como los CD o vinilos a ser archivos digitales de inmediata transferencia. De igual forma, el Tratado establece derechos patrimoniales para los productores de fonogramas e incorpora la «regla de los 3 pasos» en cuanto a las limitaciones y excepciones, pudiendo estas últimas extenderse al entorno digital.

Los derechos conexos conceden vida a las creaciones artísticas²³, puesto que les otorgan soportes para su mayor difusión; por ejemplo, una canción, que pasa de ser una pieza musical en partituras, a ser grabada y difundida en medios de comunicación. Los derechos conexos están muy vinculados a los derechos de autor, pues en la mayoría de casos requieren la preexistencia de estos para también poder existir. Las excepciones vendrían a consi-

derar las grabaciones de creaciones en dominio público o contenido sin protección, como los sonidos de la naturaleza.

En el caso que nos compete, perteneciente a la industria musical; para que existan interpretaciones y grabaciones de esa interpretación, antes debe existir una composición musical protegida por derechos de autor. Los creadores de la composición musical y de la letra que la acompaña vendrían a ser los autores y sus obras vendrían a ser protegidas por los derechos de autor. Los derechos conexos recaerían sobre la interpretación que realicen los músicos o intérpretes de esa composición musical, así como sobre la grabación que realice alguna productora de estas interpretaciones. Posteriormente, si esta grabación o fonograma termina transmitiéndose, la empresa de radiodifusión poseería los derechos conexos sobre estas emisiones²⁴.

Nadie podría usar las interpretaciones del cantante, ni los fonogramas del productor, así como tampoco las emisiones del organismo de radiodifusión sin una previa autorización. Ahí radica la importancia de los derechos conexos.

Para comprender mejor todo lo expuesto hasta ahora, presentamos el siguiente cuadro:

²² Michel M. Walter, «Derechos conexos: Comparación de las normas internacionales», *Unesco*, julio de 2000.

²³ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires: Unesco, 1993).

²⁴ Pablo Calzadilla Suárez, «Estudio sobre los derechos conexos. Especial atención a la problemática del *sampling* en la industria musical» (Trabajo de fin de máster, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 2021).

Tabla 1

Circuito de protección recurrente de una creación en la industria musical

Objeto	Tipo de protección
Idea	No protegida
Expresión de la idea	Derechos de autor
Interpretación de la expresión	Derechos conexos
Registro de la interpretación (fonograma)	Derechos conexos
Radiodifusión del fonograma	Derechos conexos

Nota. Esta tabla muestra las expresiones y soportes que son protegidos por derechos de autor y los derechos conexos.

Es necesario destacar que la regulación y el tratamiento de los derechos conexos en la industria musical proviene de los contratos. Estos casi siempre han sido favorables para las compañías discográficas, las cuales han recibido muchas críticas en muchas ocasiones por tomar la totalidad del control sobre los másteres, pero este control proviene justamente de un contrato firmado entre el artista y la empresa.

Hay que comprender que, con el paso de los años, la realidad va cambiando y nuevas formas de producir y distribuir música van apareciendo, por lo que los contratos y las cláusulas que hay en ellas también van cambiando.

De los años 2000 en adelante, que es cuando Swift firma con Big Machine Records, las compañías discográficas solían tener una posición mucho más favorable que la de ahora en materia contractual, puesto que tópicos recurrentes como los altos costos y la exclusividad cubrían a los estudios de grabación, lo que hacía inviable la producción independiente de un cantante en sus inicios, en especial cuando este no contaba con buen capital para la inversión.

Fue en ese escenario donde las productoras eran vistas como buenas opciones para poder acceder al mundo artístico. Las compañías productoras eran las que se encargaban de alquilar los estudios de grabación e invertían en la producción musical de principio a fin, inversión por la que en la mayoría de los casos solicitaban como retribución, mediante cláusulas contractuales, el control absoluto de los másteres para su explotación.

Del año 2010 en adelante, la realidad ha cambiado, puesto que la producción musical es mucho más accesible gracias a la tecnología, lo que ha impulsado de manera colosal la producción independiente, al nivel de que existe gran cantidad de músicos que crean canciones o másteres digitales con nada más que una computadora. Y, si bien aún existe la producción musical en soportes físicos como el CD, este ha quedado en segundo plano desde la aparición de las plataformas musicales como Spotify o Apple Music. Por tal motivo, los contratos de distribución digital son los más recurrentes el día de hoy en la industria musical, en la cual los artistas ceden el derecho de distribución y/o co-

municación pública de los fonogramas que ellos mismos han creado.

Los artistas consolidados, al día de hoy, suelen exigir mejores condiciones que las que algún día les tocó aceptar al firmar un contrato. Es por ello que, en muchas ocasiones, ocupan todos los puestos de la cadena de creación musical de un fonograma, es decir, son compositores, cantantes y productores a la vez. Si bien muchos de ellos siguen firmando con importantes discográficas, la titularidad en la producción y el control de los másteres la conservan, al menos en porcentajes.

III. Derechos de autor y *copyright*

El *copyright* es el equivalente a todo lo que comprenden los derechos patrimoniales en el sistema de derechos de autor que rige en nuestro país y en otros que aplican el sistema continental. *Copyright* es un término anglosajón que significa «derecho de copia», por lo que, quien posea este derecho, que puede ser otra persona distinta al autor a la que se le fue transferido, podría explotar la obra económicamente²⁵.

El sistema de derechos de autor continental busca brindar una vital importancia a los derechos morales, mientras que el *copyright* se la otorga principalmente a los derechos patrimoniales, debido a que los derechos morales se encuentran inmersos en los derechos de la personalidad en ese sistema.

Entonces, podemos afirmar que los derechos patrimoniales en nuestro sistema son equivalentes al *copyright* en el sistema an-

glosajón. Por tanto, un autor puede ceder su *copyright*, es decir, la facultad de explotar económicamente su obra a otra persona o empresa en el sistema continental, y esta vendría a tener el control de la obra en el mercado. El autor aún puede percibir *royalties*, que vendrían a ser las regalías por el uso y difusión de su creación. En la industria musical es recurrente que el compositor o creador de una pieza musical reciba un *royalty* cada vez que esta se use o se transmita por algún medio. La regulación de los *royalties* también proviene de las cláusulas contractuales que aceptan tanto el autor como a quien ha cedido su obra para explotarla.

Las cesiones que se han realizado en su momento de manera contractual hacia Big Machine Records se encontraban bajo el régimen del *copyright*; sin embargo, como hemos ido contemplando a través del artículo, el objeto en disputa es meramente patrimonial, por lo que podrá ser analizado sin problemas a través de los derechos patrimoniales pertenecientes al régimen de los derechos de autor del sistema continental. Asimismo, es necesario destacar que los derechos conexos, los cuales hoy disfrutaban los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, provienen justamente del derecho anglosajón en el que son conocidos como *related rights*²⁶.

IV. Análisis en concreto del caso Taylor Swift

Ya con todos esos conceptos comprendidos, procedemos a analizar el caso Taylor Swift. En la industria musical, se puede

²⁵ Paul Goldstein, *Copyright* (Stanford: Duke Law, 2012).

²⁶ «What are related rights?», *State Intellectual Property Office*, 10 de mayo de 2011.

denotar claramente quiénes son los acreedores de los derechos de autor de una obra y de los derechos conexos provenientes de ella. En líneas antecedentes a esta, habíamos comentado que los derechos conexos provenían de las personas que otorgaban un soporte a una obra ya protegida a través de los derechos de autor; y estas formas de inversión para poner las obras a disposición del público vendrían a ser protegidas por los derechos conexos.

En el caso de los álbumes de la cantante Taylor Swift, que terminaron siendo los objetos de la controversia en el presente caso, tendríamos una distribución de los derechos de la siguiente manera:

- a) **Derechos de autor.** Les corresponden a los compositores de las canciones. En el presente caso, vendría a ser Taylor Swift y otras personas con las que es coautora en algunas canciones, tanto en letra como en la composición musical.
- b) **Derechos conexos de interpretación.** Le corresponden al intérprete y/o cantante de las creaciones. En el presente caso, vendría a ser Taylor Swift y los músicos que la acompañaron.
- c) **Derechos conexos de producción.** Le corresponden a la empresa o persona que se encargó de la grabación y mezcla de las canciones. En el presente caso, vendría a ser Big Machine Records.

De esto se desprende de manera conclusiva que los derechos de autor siempre van a ser otorgados a los compositores de la canción, tanto al que creó la partitura que comprende la melodía como al creador de la letra. Esta composición puede ser interpretada por algún cantante profesional, que es lo que sucede en la mayoría de veces en la in-

dustria musical. Tal vez una persona pueda ser excelente compositora, pero no tiene talento para el canto, por lo que puede brindar una licencia y hacer que alguien más interprete su creación en performances como conciertos o presentaciones privadas. Este resultado de la interpretación sería un derecho conexo para el cantante o intérprete, porque el derecho de autor lo conserva el creador de la composición. Un gran ejemplo vendría a ser el caso de Gian Marco²⁷, quien, a pesar de contar con una gran voz y ser cantante, también ha compuesto canciones interpretadas por otros artistas reconocidos.

Ahora, si este intérprete graba las creaciones de uno o distintos compositores con una empresa discográfica, esta tendría el derecho conexo sobre estas grabaciones; es decir, podría explotar económicamente las canciones grabadas. En muchos casos, la persona compositora puede ser también su intérprete, como Taylor Swift; y también existen casos en los que también los compositores e intérpretes son productores de su propia música, como es el caso actual de Taylor Swift con las nuevas versiones de sus álbumes.

Podemos aseverar, entonces, que sobre las composiciones musicales se pueden otorgar derechos de autor (reproducción, comunicación, distribución, etcétera) y sobre las grabaciones de esas composiciones se otorgan derechos conexos. Como se puede apreciar en el caso Swift, los derechos controvertidos son meramente patrimoniales y son derechos conexos sobre las graba-

²⁷ «Conozca para qué cantantes famosos ha compuesto Gian Marco Zignago», *RPP*, 15 de agosto de 2012.

ciones, las cuales pertenecieron en su momento a la empresa Big Machine Records; luego, estas fueron transferidas dos veces hasta llegar a un fondo de inversión. La única opción factible de la cantante para recuperar los derechos conexos sobre estas grabaciones era adquirirlos de los nuevos propietarios, al no poder lograrlo en aquella negociación inicial que tuvo con Big Machine Records.

La cantante no ha optado por intentar comprar los másteres de sus canciones a los actuales propietarios, sino que tomó una salida más inteligente. Con una estrategia legal muy interesante, no intentó recuperar esos derechos conexos, sino que decidió crear nuevos y, con ello, ha cambiado por completo las reglas del juego.

Durante muchos años, la empresa Big Machine Records se enriqueció con todas las ganancias que provenían de los másteres de los álbumes de la cantante Taylor Swift; pero, aunque parezca algo injusto, estas circunstancias se dieron dentro del marco de la legalidad. En un contrato que firmó Taylor Swift, cedió el control sobre los álbumes que fuesen a grabarse con el sello discográfico por la duración que establecían las cláusulas. No es objeto del presente artículo cuestionar la aparente posición favorable y de poder que tuvo la empresa al contratar con una artista adolescente en sus inicios; sin embargo, es necesario destacar que prácticas como esa se han presentado con muchos otros artistas y vienen evolucionando con el paso del tiempo.

Así, al haber un contrato de por medio, Big Machine Records podía gozar de todas las facultades que le brindaba la titularidad de los derechos conexos provenientes de

los álbumes. Por ese motivo, al momento de ser adquiridos por otra empresa y posteriormente a un fondo de inversión, todas esas transferencias también fueron totalmente lícitas. Taylor Swift no podía cuestionar la titularidad o la propiedad de estos másteres como muchos medios afirman, tampoco podía atribuirse derechos de autor sobre los mismos por lo que ya hemos ido aclarando en el presente artículo.

El mundo empezó a creer que una batalla legal por obtener los derechos de los másteres se aproximaba; sin embargo, en consideración de quien escribe, de haber sido así, le hubiese provocado a la artista una pérdida de tiempo y de dinero para que al final la respuesta de las sedes judiciales sea negativa. Esto ya lo tenían previsto los abogados que la asesoran, por lo que le propusieron generar nuevos derechos conexos a partir de las creaciones protegidas por derechos de autor que ella ya poseía.

Taylor Swift tiene los derechos de autor sobre sus composiciones, tanto de las melodías como de las letras, y es coautora en algunos casos específicos. Los coautores y ella pueden brindar nuevas licencias a cualquier intérprete que se aparezca para que se generen nuevas versiones de sus canciones. En este caso, ella puede realizar esas nuevas grabaciones sin ningún problema al ser cantante también y no sería necesario otorgarse a sí misma la licencia para hacerlo, solo las necesitaría de los coautores. Al no haberse previsto esta situación en los contratos que se firmaron con Big Machine Records, es decir, no había cláusula alguna que prohibiera la regrabación de nuevas versiones de canciones ya existentes, este accionar sería totalmente legal. Es conveniente aclarar que sí existen casos en los

que se utilizan ese tipo de cláusulas, pero normalmente la prohibición de la regrabación tiene un plazo determinado.

Como venimos afirmando desde el inicio de este artículo, en el presente caso, los derechos controvertidos son derechos conexos. Las nuevas grabaciones de sus antiguas composiciones vendrían a ser protegidas a través de los derechos conexos, no derechos de autor. Ella tendría posibilidad de explotar económicamente estos nuevos soportes de sus creaciones y esto no imposibilita que los propietarios de las antiguas versiones lo sigan haciendo también con los másteres que aún poseen. Consideramos que no estamos ante una práctica de confusión como acto de competencia desleal, en el que una empresa ofrece un producto parecido al de otra para que lo consuman en lugar del producto primigenio. Una de las principales características de este tipo de prácticas de competencia desleal es que buscan pasar inadvertidas debido a su ilicitud; sin embargo, en el caso de Swift, ella ha anunciado públicamente la regrabación de los álbumes, expresando en todo momento que son nuevas versiones de fonogramas que ya existen; asimismo, tiene los derechos correspondientes para proceder con las regrabaciones y, al hacerlo, no está quebrantando la buena fe empresarial en su ingreso al mercado para competir con las anteriores versiones.

Ahora, la estrategia es sumamente ingeniosa debido a que, con la popularidad con la que cuenta la cantante, era inmensamente predecible que sus seguidores a lo largo del mundo iban a dejar de consumir las anteriores versiones y reemplazarlas por las nuevas, especialmente cuando los más

acérrimos conocen la travesía por la que ha pasado la cantante los últimos años en sus intentos por recuperar sus másteres. Taylor Swift no solo está logrando reaparecer en los primeros lugares de las listas de reproducción de los medios de comunicación masiva con viejos éxitos de su carrera, sino que ha logrado generar un rechazo hacia las versiones anteriores, otorgándoles una representación de cierto sentido de injusticia. Obviamente, al tener mayor atención las nuevas versiones, todas las prestaciones económicas que originalmente recaían en las anteriores van a desembocar en las recientes, lo que ocasionará la disminución de ganancias para los propietarios de los másteres que estaban en disputa e incluso podríamos afirmar que las versiones pasadas reducirán su valor notablemente. Esto favorece directamente a Swift porque, si bien firmó con la discográfica Republic Records —empresa que le ofreció cláusulas más favorables—, ella es la productora de sus discos, por lo que se beneficia directamente de la explotación de estos.

Auguramos que, desde este inesperado y hábil movimiento, las compañías discográficas empezarán a incluir cláusulas para prohibir las regrabaciones en sus contratos o, en todo caso, ampliarán el tiempo en el que estas no puedan realizarse, especialmente en los casos en los que el artista intérprete sea también el creador de la composición original. Es así como aseveramos que Taylor Swift no tenía oportunidad alguna en una batalla legal por recuperar sus másteres, así como tampoco la tienen los actuales o futuros propietarios de las anteriores versiones que deseen impedir la regrabación de los másteres, esto debido a que, como ya mencionamos, el accionar de la artista es completamente legal.

Tampoco habría oportunidad alguna en cuestionar ante un juez la originalidad de los nuevos másteres. Hay que colocar especial atención en este punto, puesto que muchas veces ha surgido la duda sobre si un artista puede plagiarse a sí mismo. En este caso, el supuesto plagio vendría a ser muy indiscreto, debido a que las nuevas versiones contienen básicamente las mismas letras y melodías que las anteriores.

Sin embargo, como también adelantamos en este mismo texto, la originalidad es un requisito para que una obra sea protegida a través de los derechos de autor, y estas nuevas versiones no son protegidas por derechos de autor, sino por derechos conexos. Los derechos conexos no han desarrollado este requisito, ni podrían hacerlo jamás, puesto que estos no protegen creaciones, sino que se otorgan a las personas que realizan actividades y/o invierten para brindarles soportes a las creaciones. La originalidad no puede ser un requisito para la existencia de derechos conexos, que son los que se han generado con la creación de las nuevas versiones de las canciones de Taylor Swift.

Esas nuevas versiones contenidas en fonogramas, másteres o grabaciones, como el lector guste denominarlas, están siendo protegidas por derechos conexos, no por derechos de autor; por lo que alguna sugerencia —por más inofensiva que fuese— sobre que la artista podría estar plagiándose a sí misma sería totalmente incorrecta.

Conclusiones

- Los derechos de autor protegen las creaciones originales expresadas en cualquier formato. El registro es declarativo y no constitutivo de derechos, puesto que los derechos de autor nacen con la creación.
- Los derechos conexos buscan incentivar y retribuir las actividades que suman y brindan soporte a la creación artística. Así es como intérpretes o ejecutantes, productores y organismos de radiodifusión en la industria musical pueden ejercer derechos sobre sus interpretaciones, fonogramas y emisiones, respectivamente.
- El *copyright* busca brindar una vital importancia a los derechos patrimoniales, mientras que los derechos de autor del sistema continental se la otorgan principalmente a los derechos morales. Los derechos conexos nacen justamente en el sistema *copyright* bajo el término *related rights*.
- La participación en la explotación económica en derechos de autor y derechos conexos es regulada en su mayoría mediante la voluntad de las partes emanada de los contratos, lo que ha generado durante años una posición desfavorable para artistas principiantes que contratan con empresas enormes con veteranía en el rubro.
- Concretamente, Taylor Swift dependía del interés en ofertar que pudiesen haber tenido los anteriores propietarios de los másteres de los álbumes para poder obtenerlos. Ellos podían ofertar con un precio exorbitante o simplemente no ponerlos a la venta y estarían en toda la facultad de hacerlo.
- No se puede cuestionar legalmente la decisión de Taylor Swift de realizar una regrabación de los álbumes en disputa, porque las acciones que ha llevado a

cabo son absolutamente legales. Al ser compositora e intérprete de la mayoría de sus canciones, solo requiere licencia de aquellas en las que es coautora, y así puede generar nuevos derechos conexos para esta vez asegurarse de obtener beneficios económicos, al ser ella también la productora de las nuevas versiones de sus álbumes.

- La regrabación de los másteres resultó una gran estrategia legal por parte del equipo detrás de Taylor Swift, puesto que una batalla legal para la recuperación de los antiguos másteres hubiese significado una pérdida millonaria para la cantante, así como tiempo de expectativa que probablemente hubiese terminado en una decisión desfavorable para Swift.
- Bajo la visión subjetiva del autor, este caso transmite una percepción de reivindicación y justicia, debido a que Taylor Swift está logrando que la gente consuma las nuevas versiones, y así se desplaza a las anteriores. Si bien no hubo ilicitud en las transferencias de los másteres, la cantante tuvo gran participación activa en la generación de estos, como cantante y compositora, y no ser parte de la explotación económica de ninguno de los seis álbumes que enriquecieron en niveles desmesurados a los dueños de Big Machine Records era precisamente un tratamiento alejado de la justicia para la cantante.
- La salida legal expuesta se presenta como una excepción, es decir, que requiere un determinado escenario para concretarse. Muchos artistas no cuentan con la misma suerte que Taylor Swift, quien es compositora e intérpre-

te de sus canciones, como para poder realizar este ingenioso movimiento. Muchos artistas que inician en el medio muy jóvenes ceden absolutamente todo el control de la explotación económica de los másteres que puedan surgir a partir de sus interpretaciones. Ese fue el caso de Taylor Swift que, suponemos, sin contar con una buena asesoría legal y teniendo tan solo dieciséis años, realizó tal acto. Sin embargo, años más tarde, al ser también la compositora de las canciones que interpretó en el pasado, ha logrado tomar esta salida beneficiosa; algo con lo que no cuentan muchos otros artistas, quienes, para poder hacerlo, necesitarían licencias de los creadores de las composiciones originales.

- No se podría afirmar que se estaría incurriendo en una práctica de competencia desleal, específicamente en la de confusión, puesto que Swift ha anunciado públicamente la regrabación de los álbumes y ha diferenciado los sellos bajo los que se difundieron los anteriores y los nuevos. En otras palabras, la cantante está aportando justamente a que no se dé un escenario de confusión en competencia desleal.
- No existe plagio en el escenario en el que se crean nuevos derechos conexos, debido a una concepción tan sencilla como que la originalidad solo es un requisito para obtener derechos de autor de una obra determinada.

Bibliografía

Aniftos, Rania. «Taylor Swift Says Scooter Braun & Scott Borchetta Won't Let Her

Perform Her Old Songs at 2019 AMAs». *Billboard*, 14 de noviembre de 2019. <https://bit.ly/3HBtPk5>

Calzadilla Suárez, Pablo. «Estudio sobre los derechos conexos. Especial atención a la problemática del *sampling* en la industria musical». Trabajo de fin de máster, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 2021. <https://bit.ly/3gE6p1y>

Cavero, Enrique. «El concepto de originalidad en el derecho de autor peruano». *Forseti Revista de Derecho*, 5 (2019): 113-127.

«Conozca para qué cantantes famosos ha compuesto Gian Marco Zignago». *RPP*, 15 de agosto de 2012.

Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Suiza: Base de datos de la OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual, 2016. <https://bit.ly/3gzU2DK>

Corbel, Sara. «Taylor Swift firma con Republic Records y cambia reglas de juego de la industria». *Noticias CLAVE de la industria musical y la contratación artística*, 20 de noviembre de 2018. <https://bit.ly/3LnSCKI>

Correa, Maryori. «Taylor Swift, “la mujer más influyente 2020” según *Forbes*». *Noticias News*, 9 de enero de 2021. <https://bit.ly/3rFDyjO>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica: IIDH, 1998.

Finnis, Alex. «Taylor Swift masters: The controversy around Scooter Braun selling the rights to her old music explained». *inews.co.uk*, 17 de noviembre de 2021. <https://bit.ly/3GAzgP3>

Garvey, Marianne. «Taylor Swift se lamenta sobre la venta de su catálogo: “Este es mi peor escenario”». *CNN*, 1 de julio de 2019. <https://cnn.it/3szlDKX>

Girela, F. Javier. «Estos son los 14 récords que ha fulminado Taylor Swift». *GQ España*, 4 de julio de 2016. <https://bit.ly/3sAyInn>

Goldstein, Paul. *Copyright*. Stanford: Duke Law, 2012. <https://bit.ly/3Lrh0Lk>

Grady, Constance. «The Taylor Swift/Scooter Braun controversy, explained». *Vox*, 1 de julio de 2019. <https://bit.ly/3Bdd0cS>

Halperin, Shirley. «Scooter Braun Sells Taylor Swift’s Big Machine Masters for Big Payday». *Variety*, 16 de noviembre de 2020. <https://bit.ly/35Shj1x>

Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993.

«Los derechos morales». *Cerlalc*, 16 de setiembre de 2021. <https://bit.ly/3LnH5v0>

«Los derechos patrimoniales». *Cerlalc*, 16 de setiembre de 2021. <https://bit.ly/3rF2ibM>

Moscoso, Martín, Rubén Trajtman y Fernando Valle. *Guía informativa del derecho de autor: Una herramienta al servicio de los creadores*. Perú: Repositorio Indecopi, 2012. <https://bit.ly/3oDP8dn>

Núñez, Patricia. «Taylor Swift: ¿Por qué ha vuelto a grabar todos sus éxitos?». *Marie-Claire.es*, 26 de febrero de 2021. <https://bit.ly/3oDSD3o>

«Ocho casos célebres de plagio en la historia del pop». *BBC Mundo*, 22 de agosto de 2014. <https://bbc.in/3HKstn7>

Pallota, Frank. «Por qué Taylor Swift está grabando de nuevo sus canciones». *CNN*, 12 de febrero de 2021. <https://cnn.it/3Bbu2Il>

Perú. Congreso de la República del Perú. Ley sobre el derecho de autor. Decreto Legislativo 822. Aprobado el 19 de diciembre de 2003.

Perú. Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. Resolución 286-1998-TPI-INDECOPI. Aprobada el 23 de marzo de 1998.

Solórzano, Raúl. *La protección jurídica del derecho de autor y de los derechos conexos*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2020.

Walter, Michael. «Derechos conexos: Comparación de las normas internacionales». Unesco, julio de 2000.

«What are related rights?». State Intellectual Property Office, 10 de mayo de 2011.

Willman, Chris. «Taylor Swift Confirms Sale of Her Masters, Says She Is Already Re-Recording Her Catalog». *Variety*, 16 de noviembre de 2020. <https://bit.ly/3HGuroW>

Willman, Chris. «Taylor Swift Stands to Make Music Business History as a Free Agent». *Variety*, 27 de agosto de 2018. <https://bit.ly/3JhXgZ0>

**RAMOS NÚÑEZ, CARLOS Y
MARTÍN BAIGORRIA CASTILLO,
TRINIDAD MARÍA ENRÍQUEZ.
UNA ABOGADA EN LOS ANDES.
LIMA: LEGIS.PE, 2017. 176 PP.**

REVISTA

LP Derecho**Christophe Wampach**

«Recensión».

Revista *LP Derecho*.

2 (2022): 160-161.

Recibido: 25/11/2021**Aprobado:** 18/1/2022**Autor:**

Christophe Wampach

(Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad
Católica del Perú)**Traductor:**

Daniel O. Huamán Castellares

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la
Universidad del Pacífico. *Legum magister* por la
Universidad de Friburgo.

Desde hace más de cien años, las mujeres exigieron su emancipación e igualdad de posiciones. Una de sus demandas más importantes fue el derecho a ejercer libremente una profesión. Son conocidos varios ejemplos significativos de mujeres del mundo occidental, las cuales lograron tempranamente ser abogadas (como Arabella Mansfield en los Estados Unidos o Jeanne Chauvin en Francia). Pero es menos conocida la lucha de las mujeres en América Latina para ejercer la abogacía, en contra de los prejuicios y discriminaciones.

La peruana Trinidad María Enríquez (1846-1891), cusqueña, fue una importante pionera en este campo. Su vida es objeto de la presente obra —de carácter biográfico e histórico-jurídico— escrita por Carlos Ramos Núñez (historiador del derecho,

profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y magistrado del Tribunal Constitucional del Perú) y Martín Baigorria Castillo (abogado por la Universidad de Lima). Ella no solo luchó por el derecho a estudiar la profesión, sino también por recibir el grado universitario y ejercer la profesión de abogada. El libro muestra un paralelo entre Trinidad María Enríquez y Mary Wollstonecraft¹, puesto que ambas lucharon no por sus propios intereses, sino por los derechos de todas las mujeres (p. 34). No obstante, mientras Wollstonecraft participó en el debate general sobre la educación femenina, las demandas de Enríquez tuvieron consecuencias prácticas y concretas (p. 38).

¹ Autora de *A Vindication of the Rights of Woman* (Londres, 1792).

Cuatro capítulos y nueve apéndices de documentación contemporánea (pp. 119-161) componen este breve libro. El primer capítulo (pp. 45-61) aborda los años juveniles de Enríquez, su educación escolar y el entorno social en la antigua capital del Imperio inca a mediados del siglo XIX, es decir, en un momento en el que la exclusión de la mujer de los espacios públicos — para destinarla al hogar— significaba que no pudiese desempeñar papel alguno en la esfera pública. El segundo capítulo (pp. 63-80) comprende su formación jurídica en la Universidad del Cusco y, en particular, el problema de intentar matricularse en ella al ser mujer. La cuestión se solucionaría cuando el Gobierno peruano decide, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución de 1860 y el artículo 10 del Código Civil de 1862, que toda mujer tenía el derecho de asistir a las clases universitarias. El tercer y más importante capítulo (pp. 81-103) demuestra que el derecho a la formación universitaria no comprendía el derecho a recibir un grado académico, con lo cual —en la práctica— Enríquez estaba impedida de ejercer la profesión, razón por la que acude a los tribunales. Desde 1878 hasta su muerte en el año 1891, su petición fue abordada por los más altos niveles políticos y jurídicos, aunque tuvo una dilatada demora durante la llamada «guerra del Salitre» contra Chile. Si bien numerosas personas ofrecieron a Enríquez otorgarle una autorización especial para ejercer la profesión, ella las rechazó, pues exigía una norma que otorgara a todas las mujeres el derecho a ejercer la abogacía. La interpretación del artículo 178 del Có-

digo de Enjuiciamientos Civiles fue clave para la solución del problema. Según esta norma, no estaba expresamente prohibido —ni permitido— que las mujeres pudiesen ejercer la profesión de abogadas. Sin embargo, merced a una disposición de las Siete Partidas de Alfonso X (siglo XIII), la cual, en realidad, estaba ya derogada, los integrantes de la Corte Superior de Justicia de Lima fallaron en mayoría a favor de la interpretación restrictiva del artículo 178, hecho que equivalía a una prohibición absoluta. Como consecuencia de su muerte, los procesos iniciados por Enríquez fueron archivados. Por último, el capítulo cuarto (pp. 105-118) demuestra que la lucha de Trinidad María Enríquez no fue infructuosa, ya que allanó el camino de las mujeres peruanas a que se les permitiera estudiar en una universidad, recibir un diploma universitario y ejercer una profesión sin limitaciones por razón de su género, derecho que se consagró con la entrada en vigor de la Ley 801 del 7 de noviembre de 1908.

Ante la actual (y, lamentablemente, vigente) desigualdad de género, la lectura de este grato y apasionante libro fomenta diversas reflexiones sobre la instrumentación del derecho, sobre todo en la medida en que los autores llaman insistentemente la atención sobre cómo el razonamiento jurídico creativo (p. 14) puede ser utilizado como un potencial medio para normalizar un sistema discriminatorio.

*(Zeitschrift der Savigny-Stiftung für
Rechtsgeschichte, 138, 2021).*