



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



BICENTENARIO DE LA JUSTICIA
Legado con valor

ISSN: 2663-9130 (En Línea)

REVISTA OFICIAL

DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21
enero-junio
2024
Lima, Perú

21





PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTOR

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ

Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1406-8789>

E-mail: hcuno@pj.gob.pe

EDITORES ASOCIADOS

TOMÁS ALISTE SANTOS

Universidad Internacional de La Rioja, Madrid, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4792-5871>

E-mail: tomas.aliste@unir.net

MARCO ANTONIO LOVÓN CUEVA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9182-6072>

E-mail: mlovonc@gmail.com

COMITÉ EDITORIAL

SHONA MINSON

Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3168-2035>

E-mail: shona.minson@crim.ox.ac.uk

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

Universidad de Valencia, Valencia, España

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7752-0640>

E-mail: vprados@pj.gob.pe

ROBERTO ROLANDO BURNEO BERMEJO

Universidad de Piura, Piura, Perú

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3535-7133>

E-mail: rburneob@pj.gob.pe

MANUEL DE J. JIMÉNEZ MORENO

Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2061-6905>

E-mail: mjimenezm2@derecho.unam.mx

JORGE ROGGERO
Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4060-6958>
E-mail: jorgeroggero@derecho.uba.ar

COORDINADOR EDITORIAL

JORGE ANGEL CHÁVEZ DESCALZI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4653-7922>
E-mail: jchavezd@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas / Universidad Complutense,
Madrid, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0222-4385>
E-mail: direccion@rae.es

ARIEL EZRACHI
Universidad de Oxford, Oxford, Inglaterra
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8928-3988>
E-mail: ariel.ezrachi@law.ox.ac.uk

TANIA GROPPI
Universidad de Siena, Siena, Italia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2874-4936>
E-mail: tania.groppi@unisi.it

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8342-4674>
E-mail: jagomez@der.uned.es

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8996-6423>
E-mail: ftrazeg@pucp.pe

RONALD CÁRDENAS KRENZ
Universidad de Lima, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1777-9423>
E-mail: rcardena@ulima.edu.pe

CÉSAR OLIVEROS AYA
Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8760-7280>
E-mail: coliveros@ucatolica.edu.co

SANDRO ALBERTO NUÑEZ PAZ
Universidad de Lima, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>
E-mail: snunez@ulima.edu.pe

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

FERNANDO PIÉROLA
Advisory Centre en WTO Law, Ginebra, Suiza
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2890>
E-mail: fernando.pierola@acwl.ch

GERARDO RUIZ-RICO RUIZ
Universidad de Jaén, Jaén, España
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5505-2591>
E-mail: gruiz@ujaen.es

CARMEN LIGIA VALDERRAMA ROJAS
Universidad Externado, Bogotá, Colombia
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-5676-6220>
E-mail: carmenligiavalderrama@gmail.com

ALEXEI DANTE SAENZ TORRES
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>
E-mail: asaenzt@unmsm.edu.pe

CORRECCIÓN Y CUIDADO DE EDICIÓN

YULIANA PADILLA ELÍAS
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: ypadillae@pj.gob.pe

DIAGRAMACIÓN

MIGUEL CONDORI MAMANI
Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial del Perú, Lima, Perú
E-mail: acondorim@pj.gob.pe

GESTIÓN ELECTRÓNICA

ERIK ALMONTE RUIZ
E-mail: revistas.pj.gob.pe@gmail.com

METABIBLIOTECA
E-mail: info@metabiblioteca.com

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i21

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-04763

© Poder Judicial del Perú

Fondo Editorial

Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima 21, Perú
E-mail: revistaoficialpoderjudicial@pj.gob.pe

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

INDIZACIONES

Scopus[®]



DOAJ
Google Scholar
Latindex 2.0
ERIH PLUS
REDIB

Dimensions
Lens.org
SCilit
BASE
MIAR

LatinREV
WorldCat
ROAD
Fatcat

LICENCIA



La *Revista Oficial del Poder Judicial* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la
licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License
(CC BY 4.0)

Fotografía de la carátula: detalle del pórtico de ingreso al Palacio Nacional de Justicia.

**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA¹**

Javier Arévalo Vela (presidente)
César Eugenio San Martín Castro
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Ana María Aranda Rodríguez
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Carlos Giovanni Arias Lazarte
Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana
Carlos Alberto Calderón Puertas
Ulises Augusto Yaya Zumaeta
Emilia Bustamante Oyague
Manuel Estuardo Luján Túpez
Víctor Antonio Castillo León
Roberto Rolando Burneo Bermejo
Silvia Consuelo Rueda Fernández
Wilber Bustamante del Castillo
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra
César Augusto Proaño Cueva

¹ El Dr. Jorge Luis Salas Arenas, juez supremo titular, se encuentra con licencia institucional, pues preside el Jurado Nacional de Elecciones.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos inéditos que son el resultado de estudios e investigaciones sobre temas jurídicos. Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, se realizan las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista Oficial del Poder Judicial* recibe las colaboraciones de investigadores sobre el derecho y la justicia. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a todo lector interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* is a biannual publication. Its main objective is to publicize unpublished articles in order to share the result of studies and the research work related with legal issues. The articles of the journal are anonymously arbitrated by external specialists to the institution, which take into consideration the following evaluation criteria: originality, contribution of the work current issues, and contribution of the legal knowledge. The journal reserves itself the rights of publication, and in the case that the article is accepted, style corrections are made, as well as other necessary adjustments in order to comply the requirements of the publication.

The *Revista Oficial del Poder Judicial* receives contributions from researchers related to law and justice. This publication is addressed to magistrates, researchers, university professors, teachers, students, and also to readers interested in typical aspects of academic reflection, critical work and legal research.

A *Revista Oficial do Poder Judiciário* é uma publicação semestral, cujo principal objetivo é divulgar artigos inéditos, resultantes de estudos e pesquisas sobre temas jurídicos. Os artigos da revista são avaliados de forma anônima por especialistas externos à instituição, que levam em conta os seguintes critérios de avaliação: originalidade, contribuição do trabalho, atualidade e contribuição para o conhecimento jurídico. A revista se reserva o direito de publicação e, se o artigo enviado for aceito, serão feitas as correções de estilo e outros ajustes necessários para atender aos requisitos da publicação.

O *Jornal Oficial do Poder Judiciário* recebe as contribuições de pesquisadores sobre direito e justiça. Esta publicação é destinada a magistrados, pesquisadores, professores universitários, professores, estudantes e todos os leitores interessados nas questões envolvidas na reflexão acadêmica, no trabalho crítico e na pesquisa jurídica.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2663-9130 (En línea)
DOI: 10.35292/ropj.u16i21

TABLA DE CONTENIDO

Presentación

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ 17

Artículos de investigación

JAVIER ARÉVALO VELA 23
La prueba en el proceso laboral

JHON JIMÉNEZ PEÑA, FERNANDO AARÓN TORRES CASTILLO Y
OSCAR ESAUL CUEVA SANCHEZ 53
Comparación forense de voces: un estudio preliminar sobre
las diferencias entre una voz natural y una voz artificial para la
investigación judicial

NICOLÁS BALDINO MAYER Y DAVID GUSTAVO ROMERO BASURCO 83
La eficiencia policial en el combate de la criminalidad en Perú:
reflexiones desde el análisis económico del derecho

FERNANDO VICENTE NÚÑEZ PÉREZ 117
La problemática constitucional y convencional de la aplicación de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública

JUAN JOSÉ LINARES SAN ROMÁN 157
La omisión de pronunciamiento sobre los argumentos del administrado como causal de nulidad del acto administrativo

RUDY SANTIAGO GUZMÁN FIESTAS 183
Cuestionamientos a la exigencia de equiparar «origen ilícito» con «injusto penal genérico» en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017

EDWIN FIGUEROA GUTARRA 203
La seguridad ciudadana como derecho humano. El deber de prevención

RICHARD ALEXANDER CABRERA VILLA 239
¿La excepción de improcedencia de acción y el sobreseimiento regulan los mismos supuestos de aplicación? Análisis de su aplicación en la etapa intermedia

LORENA CECILIA RAMÍREZ OTERO 293
Los seguros de grupo como modalidad de bancaseguros. Derechos y protección del asegurado

Artículos de investigación sobre historia de la consolidación de la República en Latinoamérica

GIAN PIERRE CAMPOS MAZA Y LUCIANA CUMPA GARCÍA 347
NARANJO
El derecho internacional y su rol en la consolidación de la República del Perú

CARLOS ERNESTO MORALES CERÓN Y YURI TORNERO CRUZATT	371
El derecho mercantil, el Tribunal del Consulado de Lima y la organización de la Cámara de Comercio del Perú en el proceso del Perú independiente	
IGNACIO GARCÍA MARÍN	399
De la recuperación democrática al riesgo de quiebre. La permanente inestabilidad peruana (2001-2022) y sus posibles causas	
RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA	429
Un capítulo de democracias profilácticas y una propuesta	
WALBER JOSÉ SANTOS GOMERO	479
El proceso de la independencia peruana y el constitucionalismo en la formación de la república: el aporte de los invisibilizados	



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 17-20

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v16i21.1002

Presentación

Damos a conocer a nuestros lectores un nuevo número de la *Revista Oficial del Poder Judicial*, espacio editorial creado por este poder del Estado para promover la literatura jurídica en el ámbito de la comunidad académica y científica. Se trata del número 21 de la revista, que ya suma diecisiete años de permanencia. Esta vez con una novedosa sección especializada, que permitirá mantener el creciente interés en su contenido y estar siempre a nivel de los estándares internacionales de las publicaciones seriadas.

La revista cuenta, desde su primer volumen, con la colaboración de prestigiosos autores y diversidad de contenidos acordes con su política editorial de difundir temas relacionados con la justicia y el derecho. Además del Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas (ISSN) que la identifica, esta publicación utiliza, para su gestión editorial, una solución de código abierto como el Open Journal Systems (OJS), plataforma que se aloja en el servidor web del Poder Judicial peruano, cuya ventaja es facilitar a los autores el envío de sus colaboraciones y, a los editores, la revisión y la calificación de los manuscritos, así como el proceso de edición, publicación y preservación de los archivos digitales en repositorios confiables.

Asimismo, desde dicho sistema, vinculado a Crossref, se genera el Identificador de Objetos Digitales (DOI), que es el indicador más aceptado para los contenidos electrónicos de las revistas en línea y, en virtud de este, los artículos publicados obtienen un enlace permanente que les

otorga una mejor localización y visibilidad en la web, lo que facilita su consulta por otros investigadores.

A ello se suma el hecho de que la revista cumple con rigurosidad la periodicidad semestral de sus números, con una cuidadosa edición, previa corrección de textos y estilo, de acuerdo con las normas ortográficas y gramaticales de la lengua española. Se emplean, asimismo, las normas de citación de fuentes APA, cuyo uso se viene extendiendo significativamente en la comunidad académica. Destacamos este proceso, pues, como bien anotan Dinu y Baiget (2019), «[un] factor que no ayuda a las revistas es la falta de reconocimiento de su función, y del trabajo de su equipo de redacción» (p. 42), y, qué duda cabe, si no se es consciente de la importancia de esa labor, se pone en riesgo la calidad de la revista.

En relación con los artículos en particular, se garantiza el respeto irrestricto de los derechos de autor y el libre acceso a estos para compartir o adaptar el material previamente licenciado, dentro de los términos y las condiciones establecidas por la licencia Creative Commons CC BY 4.0, a la cual se adscribe la revista.

Este avance registrado también viene de la mano del incremento progresivo de la calidad de los contenidos publicados, lo que no sería posible sin el concurso de los evaluadores pares ciegos a cargo de la calificación imparcial y objetiva de los manuscritos presentados, así como del Comité Editorial, cuya labor es esencial, no solo en el proceso de gestión de una edición de calidad, sino también, y sobre todo, en el cuidado de las políticas éticas que debe mantener la revista.

El cumplimiento de todos estos indicadores de calidad encuentra reflejo en la sucesiva incorporación de la revista a índices o bases de datos de alcance regional y global como Latindex, DOAJ, SciELO y Scopus entre las más destacadas; lo que, a su vez, otorga acceso e impacta en la comunidad científica global, factor que más allá de ser un índice bibliométrico importante, permite que la comunidad académica reconozca la labor de otros investigadores, pues, como bien señala Castillo-Esparcia (2011), la cita no es sino «el reconocimiento intelectual de una investigación no solo realizada sino publicada» (p. 1005).

Esta métrica, sustentada en el impacto del conocimiento publicado, exige el reto de mantener e incrementar el prestigio y el posicionamiento alcanzados en los rankings internacionales de revistas científicas, más aún si se tiene en cuenta que la producción académica en el ámbito de las ciencias sociales y las humanidades en Latinoamérica «se encuentra subrepresentada» (Gregorio *et al.*, 2022, p. 15), es decir, tiene limitada presencia en los principales índices globales. En ese contexto, la reciente incorporación de la *Revista Oficial del Poder Judicial* en SciELO y Scopus representa un muy significativo avance en favor de su visibilidad en el complejo y competitivo mundo de las revistas indizadas.

Para el presente número, se ofrece, además de su sección principal de artículos de investigación sobre el derecho y la justicia, una sección dedicada a la historia de la consolidación de la República en Latinoamérica; esto con motivo de las celebraciones por el bicentenario de la Corte Suprema de Justicia de la República, máxima instancia de la justicia ordinaria en el país y uno de los pilares sobre los que se erigió la nueva organización jurídica, política y social del Perú independiente.

De esta manera, el presente número de la *Revista Oficial del Poder Judicial* contribuye al logro de los objetivos institucionales de promover la investigación en el ámbito del derecho y la justicia, con el compromiso de seguir trabajando para alcanzar cada vez mayores estándares de calidad, en beneficio de sus lectores.

HUMBERTO LUIS CUNO CRUZ
Director de la *Revista Oficial del Poder Judicial*
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

REFERENCIAS

- Castillo-Esparcia, A. (2011). Investigación e investigadores. Las revistas científicas como instrumento de comunicación. *Vivat Academia*, (117), 1002-1018. <https://www.redalyc.org/pdf/5257/525752959067.pdf>
- Dinu, N.-R. y Baiget, T. (2019). Presente y futuro de las revistas científicas. *Scire: Representación y Organización del Conocimiento*, 25(1), 37-46. <https://ibersid.eu/ojs/index.php/scire/article/view/4611>
- Gregorio, O., López, E. y Limaymanta, C. (2022). Web of Science como herramienta de investigación y apoyo a la actividad científica: luces y sombras de sus colecciones, productos e indicadores. *E-Ciencias de la Información*, 12(1), 1-21. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/eciencias/article/view/46660>

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024

ISSN: 2663-9130 (En línea)

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 23-52

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.924

La prueba en el proceso laboral

Evidence in the labor process

Prouas no processo do trabalho

JAVIER ARÉVALO VELA

Universidad de San Martín de Porres
(Lima, Perú)

Contacto: arevalovela4@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>

RESUMEN

En el presente artículo se desarrolla la regulación de la actividad probatoria prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. En tal sentido, se propugna el estudio de la teoría tridimensional de la prueba; la prueba como derecho fundamental; el tema de la exclusión probatoria; los medios de prueba admisibles en el proceso laboral, la oportunidad para ofrecerlos y su actuación; la excepcionalidad de la prueba de oficio; la carga de la prueba y su inversión; los indicios; lo que debe entenderse por valoración de la prueba; así como las presunciones en el proceso laboral, para, finalmente, formular las respectivas conclusiones.

Palabras clave: prueba; carga de la prueba; valoración de la prueba; indicios; presunciones.

Términos de indización: procedimiento legal; sentencia judicial; administración de justicia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This article develops the regulation of the evidentiary activity provided for in the New Labor Procedural Law. In this sense, the study of the three-dimensional theory of evidence; evidence as a fundamental right; the issue of the exclusion of evidence; the means of evidence admissible in the labor process; the opportunity to offer them and their performance; the exceptionality of ex officio evidence; the burden of proof and its reversal; evidence; what should be understood by evaluation of evidence; as well as presumptions in the labor process, in order to, finally, formulate the respective conclusions.

Key words: evidence; burden of proof; assessment of evidence; indicia; presumptions.

Indexing terms: judicial procedure; legal decisions; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este artigo desenvolve a regulamentação da atividade probatória prevista no Novo Direito Processual do Trabalho. Nesse sentido, será estudada a teoria tridimensional da prova; a prova como direito fundamental; a questão da exclusão da prova; os meios de prova admissíveis no processo trabalhista; a oportunidade de oferecê-los e sua realização; a excepcionalidade da prova ex officio; o ônus da prova e sua inversão; os indícios; o que se deve entender por valoração da prova; bem como as presunções no processo trabalhista, para, finalmente, formular as respectivas conclusões.

Palavras-chave: evidência; ônus da prova; avaliação da evidência; evidência prima facie; presunções.

Termos de indexação: procedimento legal; sentença judicial; administração da justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 2/2/2024
Aceptado: 9/5/2024

Revisado: 27/2/2024
Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la prueba es, sin duda, uno de los tópicos más importantes y complejos del derecho procesal general, pues de aquello que se logre probar, frecuentemente, dependerá el resultado del proceso.

El estudio de la prueba en juicio resulta fundamental, pues el juez, cualquiera sea la especialidad a la que pertenezca, para llegar a un estado de convicción que le permita resolver una causa, debe valorar los medios de prueba ofrecidos por las partes que han sido admitidos por su despacho o que él ha dispuesto actuar, y buscar descubrir, con las herramientas que la ley le otorga, la verdad entre las contradictorias versiones de los litigantes en conflicto.

En el proceso laboral, salvo algunas particularidades, resultan de plena aplicación las reglas probatorias generales que se aplican a otras clases de procesos no penales, por lo que, en la presente investigación, nos avocaremos al estudio de la prueba judicial en los procesos laborales, y nos auxiliaremos de la legislación y la doctrina aplicables al proceso civil, así como de convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aun cuando no hubiesen sido ratificados por el Perú, pues ayudan a la mejor interpretación de las normas legales nacionales.

2. PUBLICACIONES ANTERIORES

En el Perú, la bibliografía que se ha ocupado de manera específica del estudio de la prueba en los procesos laborales, salvo unos pocos libros, la encontramos mayormente, con similar rigurosidad académica, en artículos de revistas sobre los medios probatorios en la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT).

A continuación, solo a manera de antecedentes y no necesariamente como fuente de corroboración de lo que desarrollaremos en el presente artículo, reseñaremos brevemente los más importantes.

Doctrina nacional

Libros

1. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*, por Paul Paredes Palacios.
Publicado por Ara Editores en Lima el año 1997.
Constituye un estudio tanto sobre la prueba como sobre las presunciones, ambas en el ámbito del proceso laboral.
2. *La prueba en el proceso laboral*, por Carmen Alvarado Bustos.
Publicado por Gaceta Jurídica en Lima el 2019.
Es un estudio sobre la prueba en el proceso ordinario laboral y en el proceso abreviado laboral. No comprende el estudio de la prueba en otros procesos laborales especiales.
3. *La prueba en el proceso laboral*, por Juan Carlos Ríos Yaringaño.
Publicado por Editores del Centro en Lima el 2023.
Constituye un estudio de los aspectos generales de la prueba, el reconocimiento del derecho a la prueba como un derecho fundamental, así como la carga dinámica de la prueba en el proceso laboral.

Artículos de revistas

1. «La carga de la prueba en el proceso laboral», por Giovanni Priori Posada y Roberto Pérez-Prieto de las Casas.
Artículo publicado en la revista *Ius et Veritas*, n.º 45, diciembre de 2012.
Constituye un estudio acerca de la prueba y las presunciones, ambas en el ámbito del proceso laboral.
2. «La actividad probatoria en el nuevo proceso laboral. Primera parte», por Javier Arévalo Vela.
Artículo publicado en la revista *Soluciones Laborales*, n.º 97, enero de 2016.
En este artículo se desarrollan de manera general los aspectos relacionados con la regulación de la actividad probatoria en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.
3. «La actividad probatoria en el nuevo proceso laboral. Segunda parte», por Javier Arévalo Vela.

Artículo publicado en la revista *Soluciones Laborales*, n.º 98, febrero de 2016.

En este artículo se realiza un estudio detallado de cada uno de los medios probatorios previstos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

4. «Los medios probatorios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (parte general)», por Javier Arévalo Vela.

Artículo publicado en la revista *Actualidad Laboral*, agosto de 2020.

Este artículo aborda de una manera general la regulación de la actividad probatoria dentro del proceso laboral.

5. «La prueba de oficio en el proceso laboral», por Javier Arévalo Vela.

Artículo publicado en la *Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, volumen 4, n.º 4, julio-diciembre de 2021, el cual puede ser ubicado en <https://doi.org/10.47308/rdpt.v4i4.2>.

Desarrolla el estudio de la prueba de oficio prevista en el artículo 22 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, con aplicación supletoria de la normatividad procesal civil.

Doctrina extranjera

Libros

1. *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria en el proceso laboral*, por Raúl Fernández Toledo.

Publicado por Thomson Reuters Puntolex en Santiago de Chile el 2011.

Constituye un estudio de la actividad probatoria dentro del proceso laboral chileno.

2. «La prueba en el proceso laboral», por Antonio Álvarez Montero. Publicado en *Derecho laboral: obra colectiva*, por Editora Normas Legales, en Trujillo, Perú.

Constituye un análisis de la actividad probatoria en el proceso laboral español.

3. LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DE LA PRUEBA

Respecto de la prueba judicial, propugnamos una teoría tridimensional de esta, según la cual dicha categoría procesal debe ser estudiada contemplando tres aspectos relacionados entre sí: como fuente, como medio y como elemento de convicción.

3.1. La prueba como fuente

El concepto de fuente de prueba fue desarrollado por Sentís Melendo a partir de las ideas de Carnelutti, este sostiene que las fuentes de prueba son anteriores al proceso y se incorporan a él a través de los medios de prueba (Falcón, 2003).

De acuerdo con esta concepción, las fuentes de prueba se ubican en un ámbito extraprocesal y están constituidas por todo hecho con relevancia jurídica, ocurrido con anterioridad al proceso y que puede o no ser invocado en él.

En nuestro ordenamiento procesal civil, la noción de fuente de prueba recién ha sido introducida por la Ley n.º 30293, que modificó el artículo 194 del Código Procesal Civil (CPC) en lo referente a la prueba de oficio. El nuevo texto considera que el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios de oficio «siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso».

En el ámbito del derecho procesal del trabajo, ni la NLPT ni su antecesora, la Ley n.º 26636, contemplaron el concepto de fuente de prueba; sin embargo, al ser de aplicación supletoria al proceso laboral el CPC, también lo es la noción de fuente de prueba.

Si nos ubicamos en el ámbito del derecho procesal laboral, podemos mencionar, a manera de ejemplo, la existencia de una cinta de video donde se aprecia cómo ocurrió un accidente de trabajo o la presencia de un trabajador en el lugar al momento del accidente; si respecto de dicho infortunio laboral nadie formula demanda alguna, la mencionada filmación o la presencia del trabajador testigo carecerán de relevancia procesal, serán simplemente hechos de la realidad.

3.2. La prueba como medio

En la doctrina jurídica existen tantas definiciones de medios de prueba como autores; no obstante, para efectos de nuestro estudio, la prueba como medio debe ser entendida como la llave que permite al juez o a las partes incorporar válidamente la fuente de prueba al proceso, al cumplir previamente con los requisitos exigidos por la ley.

En nuestro derecho positivo, los medios de prueba se encuentran regulados tanto por la NLPT como por el CPC.

Un ejemplo de prueba como medio sería el ofrecimiento oportuno y la actuación como prueba documental del video en el que se aprecia cómo ocurrió el accidente de trabajo o el ofrecimiento como testigo del trabajador que lo presencié.

Tanto el video como la declaración testimonial deberán ser ofrecidos en el momento procesal que corresponda para ser incorporados al proceso cumpliendo con las formalidades que la ley establece.

3.3. La prueba como elemento de convicción

De acuerdo con esta concepción de prueba, su finalidad es lograr el convencimiento del juez sobre la existencia de una verdad procesal que justifique su decisión final.

La fuente de prueba debidamente incorporada al proceso se convierte en un medio de prueba que el juez valora conforme a las reglas de la sana crítica.

Siguiendo con el ejemplo tantas veces mencionado del accidente de trabajo que consta filmado en una cinta de video y que, además, ha sido presenciado por un trabajador, podemos decir que después de su incorporación al proceso como prueba documental (video) y como prueba testimonial (declaración del trabajador), el juez valorará su mérito de prueba, y dichos medios probatorios pueden convertirse en elementos formadores de su decisión.

3.4. Definición de prueba

Según la teoría tridimensional que propugnamos, nos atrevemos a formular la definición siguiente: «La prueba es aquel hecho de la realidad,

generalmente invocado por las partes, que se incorpora válidamente al proceso para convertirse en elemento formador de la decisión del juez, previa valoración razonada».

El hecho que se va a probar debe ser uno con relevancia jurídica, que existe con independencia de que se haya iniciado o no un proceso; sin embargo, este hecho solo podrá ser introducido al proceso siempre que las partes lo ofrezcan y, excepcionalmente, por disposición del juez cuando ordena una prueba de oficio.

Incorporado válidamente el hecho y después de su sometimiento al contradictorio recién puede ser valorado por el juez, conforme a las reglas de la sana crítica, como un elemento capaz de fundamentar su resolución.

4. LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la actualidad, se admite pacíficamente que la prueba es, por naturaleza, un derecho fundamental. Sobre el particular, ya el Tribunal Constitucional ha establecido que «el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política del Perú» (Expediente n.º 010-2002-AI/TC, fundamento 148).

Según Eto (2011), de acuerdo con su dimensión subjetiva, los justiciables tienen derecho a producir prueba respecto de los hechos que configuran su pretensión o su defensa, mientras que, en su dimensión objetiva, el juez tiene la obligación de solicitar, actuar y dar mérito jurídico a los medios de prueba al momento de sentenciar (pp. 290-291).

En la misma línea de pensamiento del máximo intérprete de la Constitución, Priori (2011) sostiene que el derecho a probar abarca cinco aspectos: derecho a ofrecer medios probatorios, derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos, derecho a que se valoren los medios de prueba actuados y derecho a la conservación de los medios probatorios (pp. 152-153).

La configuración del contenido esencial y los alcances del derecho fundamental a probar ya han sido ampliamente desarrollados por nuestra jurisprudencia constitucional; tales son los casos de las sentencias dictadas en los expedientes n.ºs 6712-2005-HC/TC Lima, 1014-2007-PHC/TC Lima y 1934-2003-HC/TC Lima.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 6712-2005-HC/TC Lima, reconoce que el derecho constitucional a probar es

un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. (Fundamento 15)

Vista así la dimensión subjetiva del derecho fundamental a producir prueba que asiste a las partes, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 1014-2007-PHC/TC Lima, entiende que en su dimensión objetiva este derecho básico implica para el juzgador el deber de «solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial» (fundamento 11).

Asimismo, ha establecido el Tribunal Constitucional, en el Expediente n.º 1934-2003-HC/TC Lima, que «la prueba se rige por el sistema de la libre valoración razonada. En virtud de ello es que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que estos tengan asignado un valor predeterminado» (fundamento 1).

4.1. Derecho a ofrecer los medios probatorios que se consideren necesarios

En un proceso, cualquiera sea su naturaleza, las partes procesales tienen el derecho y la iniciativa para ofrecer los medios probatorios que consideren pertinentes con la finalidad de acreditar la certeza de sus afirmaciones y generar convicción en el juzgador.

4.2. Derecho a la admisión de los medios probatorios ofrecidos

Las partes también tienen derecho a que los medios probatorios ofrecidos oportunamente sean admitidos, a menos que exista causal de inadmisibilidad o de improcedencia, o sean considerados impertinentes por el juez.

4.3. Derecho a la actuación de los medios de prueba admitidos

Una vez admitidos los medios probatorios ofrecidos por las partes, estas tienen derecho a que sean debidamente actuados e incorporados al proceso como elementos de prueba.

4.4. Derecho a la valoración racional de las pruebas actuadas

Una vez actuados los elementos probatorios, el derecho a la prueba garantiza que sean objeto de una valoración racional por el juzgador; vale decir, que sean valorados de forma adecuada y con la debida motivación.

4.5. Derecho a la conservación de los medios de prueba

Las partes tienen derecho a impulsar los actos procesales que consideren necesarios para garantizar la conservación de los medios de prueba y proteger su eficacia contra los riesgos que se presentan por el transcurrir del tiempo.

5. LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

Por lo general, cuando se estudia la teoría de la prueba nos centramos mayoritariamente en aquellos hechos que deben probarse, pero no profundizamos en aquellos que están exentos de prueba, es decir, aquellos que no pueden ser traídos al proceso.

La NLPT no señala qué hechos no necesitan ser probados, por lo cual tenemos que remitirnos a la regulación contenida en el CPC, pero adecuando dicha norma al proceso laboral. Según el CPC, las pruebas que no se refieran a los hechos, ni a la costumbre que sustenta la

pretensión, serán declaradas improcedentes; asimismo, son improcedentes las pruebas que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.
Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presunción de dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes de que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar. (art. 190)

6. MEDIOS DE PRUEBA ADMISIBLES EN EL PROCESO LABORAL

En el articulado de la NLPT no se indican taxativamente cuáles son los medios probatorios típicos en el proceso laboral; no obstante, del texto de la referida ley se desprende que reconoce los medios de prueba que a continuación se señalan:

- Declaración de parte (artículo 25).
- Declaración de testigos (artículo 26).
- Exhibición de planillas (artículo 27).
- Pericia (artículo 28).
- Exhibición de documentos (artículo 46, inciso 5).
- Inspección judicial (artículo 46, inciso 5).

De manera supletoria, es aplicable el artículo 191 del CPC, según el cual son idóneos todos los medios probatorios y sucedáneos que acrediten los hechos expuestos y produzcan certeza en el juzgador a efectos de que fundamente sus decisiones, de conformidad con el artículo 188 del citado código.

7. OPORTUNIDAD PARA EL OFRECIMIENTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

La NLPT señala en su artículo 21 que «los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación» (primer párrafo); empero, excepcionalmente, podrán ofrecerse «hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o que hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad» (art. 21, primer párrafo, *in fine*).

Con la concurrencia de las partes a la audiencia se actuarán las pruebas que hayan sido admitidas «con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer respecto de las cuestiones probatorias» (art. 21, segundo párrafo).

Asimismo, según la NLPT, la actividad probatoria de las partes «es de responsabilidad y costo del oferente, no siendo necesaria la citación del juzgado y sin perjuicio que el juez los admita o rechace en el momento de su participación» (art. 21, segundo párrafo). De ahí que de no asistir testigos o peritos de parte, o la no presentación de documentos, no impide que se dicte sentencia si los medios probatorios actuados acreditan los hechos materia de prueba (art. 21, segundo párrafo, *in fine*).

Finalmente, el artículo 21 establece que —fuera de las oportunidades indicadas— la presentación de pruebas extemporáneas en ningún caso acarrea la nulidad de la sentencia apelada; y descarta toda posibilidad de que sirvan de fundamento a la sentencia (art. 21, tercer párrafo); esto de conformidad con el principio de preclusión.

8. ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Una vez incorporadas las fuentes de prueba al proceso como medios probatorios, dicha actividad representa un paso previo a su posible transformación en elementos de convicción.

Según la NLPT, las pruebas se actúan en la audiencia de juzgamiento, si se trata de un proceso ordinario (art. 46), o en la audiencia única de tratarse de un proceso abreviado (art. 49), con la excepción de aquellas pruebas que deban ser actuadas en un momento y lugar distintos (pericia, inspección judicial o revisión de planillas en el centro laboral).

9. LA PRUEBA DE OFICIO

Por regla general, son las partes las llamadas a aportar los medios de prueba que resulten suficientes para generar convicción en el juez respecto a los hechos materia de controversia; no obstante, de resultar insuficientes, la norma faculta al juez a disponer la actuación, de manera excepcional, de la prueba de oficio.

Sobre el desarrollo del tópico de la prueba de oficio, remitimos al lector a nuestro artículo «La prueba de oficio en el proceso laboral peruano», publicado en diciembre de 2021 en el número 4 de la *Revista de Derecho Procesal del Trabajo*, que edita semestralmente el Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

10. LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU INVERSIÓN

La carga de la prueba, en sentido amplio, es la facultad que poseen las partes de aportar pruebas, es decir, de producir prueba suficiente que le permita al juez adquirir convicción respecto a los hechos controvertidos y sustentar acertadamente su fallo.

La NLPT regula lo concerniente a este poder o facultad de las partes de aportar pruebas en los siguientes términos: «La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos» (art. 23.1), pero, a su vez, admite excepciones desde el momento en que contempla «reglas

especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales» (art. 23.1).

Ahora bien, como parte de la dinámica propia del proceso, puede presentarse en el juzgador duda o incertidumbre respecto a la suficiencia de los medios probatorios. Sobre el particular, Ríos (2023) opina lo siguiente:

No obstante, en la práctica jurídica sobrevienen algunos casos donde luego de efectuada la valoración probatoria persiste la incertidumbre en el juez, en torno al sentido de la decisión final, debido a la insuficiencia probatoria generada principalmente por circunstancias específicas relacionadas a la disponibilidad de la prueba con la que cuenta una de las partes procesales.

Para hacer frente a este tipo de problema, se recurre desde siglos atrás, incluso desde el derecho romano, a la subsidiaria institución de la carga de la prueba.

En primer término, se dice que la carga de la prueba posee un carácter subsidiario, ya que su aplicación surge siempre y cuando, una vez valorada la prueba, se mantenga en el juez como inciertos hechos principales que no le permitan dar por acreditada o probada una de las hipótesis de las partes. (pp. 72-73)

Ciertamente, como se ha dicho, el artículo 23 de la NLPT confirma la regla general de distribución de la carga de probar, pero especifica las reglas especiales de inversión de la carga de la prueba.

De acuerdo con las reglas especiales de inversión de la carga probatoria, quien niega un hecho está en la obligación de probar. Este traslado se fundamenta en la figura procesal denominada «carga dinámica de la prueba», que atribuye mayores cargas probatorias a quien está en mejor posición de ofrecer las pruebas que acrediten o desacrediten lo afirmado respecto a los hechos.

Así, en una disputa por el reconocimiento de derechos laborales, quien está en la posición privilegiada de ofrecer los medios probatorios considerados necesarios para el esclarecimiento de los hechos materia

de controversia es el empleador; por el contrario, el trabajador, como parte débil de la relación laboral, es liberado de esta carga.

Malca (2013), al comparar la regla general de la inversión de la carga de la prueba con la regla especial en los procesos laborales, sostiene:

en el derecho procesal la regla general es que el demandante tiene la carga de la prueba. Es decir quien demanda debe probar los hechos que invoca en su demanda. De lo contrario, se absolverá al demandado aunque nada haya alegado a su favor.

En el derecho procesal del trabajo, esta regla no es absoluta sino excepcional. Es el demandado el que tiene la carga de la prueba que buscará desvirtuar las afirmaciones que haga el demandante en su demanda. De no cumplir, el demandado, con esta obligación procesal, se le podrá condenar a satisfacer la pretensión del demandante.

[...]

El fundamento de este comportamiento, en el derecho procesal del trabajo; está en la forma cómo funcionan las relaciones laborales entre trabajador y empleador. Cuando el primero se emplea al servicio del segundo, este último asume la obligación de cumplir con toda la formalidad que la ley establece, tales como libro de planillas, boletas de pago y demás documentos. De manera que es el patrono quien tiene en su poder los medios probatorios que acreditan haber cumplido con todas sus obligaciones laborales, frente al trabajador. (pp. 137-138)

Como se desprende de lo anteriormente expresado, la carga de la prueba en materia laboral tiene reglas especiales que deben entenderse y aplicarse conforme a ley.

10.1. Cargas probatorias del trabajador

Al trabajador o extrabajador le corresponden las cargas probatorias que en este acápite comentamos.

10.1.1. Prueba de la relación laboral

La NLPT sanciona una presunción *iuris tantum* de laboralidad cuando consagra que «acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario» (art. 23.2). Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUOLPCL), aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR, establece como presunción de laboralidad lo siguiente: «En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado» (art. 4, primer párrafo). Sobre el particular, cabe advertir que la NLPT establece una presunción de laboralidad que, como refiere Monzón (2014), «va más allá de lo establecido por la norma sustantiva, contraviniendo el mandato del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral» (p. 394).

La «Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)» de la OIT sugiere que los Estados miembros, a efectos de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, consagren «una presunción legal de la existencia de dicha relación cuando se dan uno o varios indicios» (numeral 11b); señala, asimismo, los siguientes posibles indicios:

- (a) el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
- (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de

que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. (Numeral 13)

El atribuir la carga probatoria de la relación laboral al trabajador, aunque sea aportando indicios, es un acierto, pues si para la existencia de esta fuera el empleador quien tuviera que demostrar que determinada persona no es o ha sido su trabajador, ello sería casi imposible por la dificultad de una exigencia en tal sentido.

De lo dicho líneas arriba se advierte, entonces, que la legislación procesal laboral se diferencia de la sustantiva en tanto solo exige acreditar la prestación personal de servicios, mas no la subordinación, y «resulta bastante singular que una norma adjetiva incluya vía presunción un supuesto por el cual se configure la relación laboral, hecho que obviamente amplía la protección del derecho del trabajo» (Monzón, 2013, p. 394). Esta expansión del ámbito de protección de la legislación laboral se explica en que su construcción tuvo como base conceptual a la «subordinación», noción que enfrenta dilemas originados «en la necesidad de incorporar (o mejor dicho, de no dejar afuera) del amparo que proveían las normas laborales, a determinadas categorías de trabajadores que iban apareciendo como resultado de la dinámica constante de la organización del trabajo» (Garmendia, 2019, p. 20).

Pero consideramos, pese a lo dispuesto en la ley procesal, que es necesario acreditar la subordinación para que sea posible declarar la existencia de una relación laboral; debe recordarse que existen prestaciones personales y remuneradas de servicios de carácter civil, como la locación de servicios profesionales, caso en el que no existe subordinación.

10.1.2. Prueba de derechos laborales no derivados de la Constitución o normas legales

Según la NLPT, la existencia derechos laborales ya consagrados en el texto constitucional y en la legislación no necesita ser materia de prueba,

de acuerdo con la regla por la cual el derecho nacional no requiere ser probado. En efecto, el trabajador o el extrabajador tiene la carga de la prueba de «la existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal» (art. 23.3). Tales serían los casos de reclamos por derechos derivados del contrato individual de trabajo, del convenio colectivo, del laudo arbitral o de cualquier otra fuente originada en la confluencia de voluntad de las partes, o de la decisión unilateral del empleador.

10.1.3. Prueba de la existencia del despido

La carga probatoria del despido corresponde al trabajador que afirma haber sido despedido.

El TUOLPCL establece que «ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos» (art. 37). La práctica ha demostrado que para la prueba del despido el extrabajador suele emplear los medios de prueba que a continuación se detallan:

- Carta notarial u otra comunicación escrita mediante la cual se comunica al trabajador que está despedido (art. 32 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR).
- Acta de inspección especial efectuada por la Autoridad Administrativa (art. 45, primer párrafo, del Decreto Supremo n.º 001-96-TR).
- Constataciones realizadas por la autoridad policial (art. 45, segundo párrafo del Decreto Supremo n.º 001-96-TR).

Esto sin perjuicio de la actuación de otros medios probatorios que, presentados por el extrabajador, sean idóneos para acreditar la existencia del despido; entre ellos las testimoniales (art. 26 de la NLPT), la declaración de parte (regulada en el art. 25 de la NLPT), la inspección judicial (art. 46, inc. 5 de la NLPT); medios de prueba que, como hemos señalado líneas arriba, son admisibles en el proceso laboral.

10.1.4. Prueba de la nulidad del despido y del acto de hostilidad

Si el trabajador demanda la nulidad del despido o el cese de actos de hostilización, le corresponderá asumir la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 23.3 b de la NLPT.

Si bien en la **nulidad del despido** la norma atribuye la carga de la prueba al trabajador, vista la dificultad que ello conlleva en la práctica para la parte accionante —dado que, en general, el empleador suele invocar causas aparentes para ocultar los móviles reales de este tipo de despido—, consideramos que debe aplicarse en estos casos el criterio al que se arribó en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, de mayo de 1997, en el cual se estableció la atenuación probatoria en favor del trabajador, criterio adoptado por unanimidad en los siguientes términos:

En los procesos en que se ventile la nulidad del despido, si bien el juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido. (Acuerdo 7)

El referido acuerdo plenario no debe conducir a caer en el error de interpretar que el trabajador se encuentra liberado de toda carga probatoria, sino que esta ha sido atenuada, en el entendido de que siempre debe aportar los indicios razonables que permitan al juzgador establecer que su despido se subsume en alguna de las causales de nulidad reguladas por ley.

En consecuencia, si el trabajador no acredita la causal de nulidad de su despido, así solo sea de manera indiciaria, se deberá absolver al empleador, de conformidad con lo establecido en el artículo 200 del CPC. Excepcionalmente, operará la inversión de la carga de la prueba en el caso del despido de una madre trabajadora durante el período prenatal, postnatal o de lactancia, conforme a la modificatoria hecha mediante la Ley n.º 31152, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 1 de abril de 2021, que cambió en los siguientes términos el inciso e del artículo 29 del TUOLPCL:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

[...]

- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. [Primer párrafo]

El inciso en mención dispone a renglón seguido que lo establecido en el primer párrafo es igualmente aplicable a la trabajadora durante el período de prueba, así como a la trabajadora que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias (segundo párrafo); y que solo es aplicable «siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido» (tercer párrafo).

Aquí la citada ley ha introducido una presunción *iuris tantum* desde el momento en que presume que el móvil del despido de la madre trabajadora no ha sido otro que el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia; salvo que el empleador haya acreditado la existencia de una causa justa para el despido, pues la norma «no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa» (art. 29 e, *in fine*).

Como se aprecia en este caso, no obstante tratarse de un proceso de nulidad de despido, asume la carga probatoria el empleador y se establece la prueba documental como el medio idóneo para que la madre trabajadora acredite que comunicó previamente al empleador su estado de gestación.

A lo dicho podría agregarse que, siendo el espíritu de la Ley n.º 31152 la protección de los derechos de la madre trabajadora frente a un despido durante el período prenatal, consideramos que sería innecesaria la prueba documental si de la simple observación externa de la trabajadora se desprendera su situación de embarazo.

Respecto al **acto de hostilidad**, por este se entiende toda conducta ilegal o injustificada del empleador o sus representantes, que desconoce

o lesiona los derechos de un trabajador con vínculo laboral vigente con la finalidad de obtener a su costa alguna ventaja indebida o presionarlo a extinguir el vínculo laboral. Estas conductas se encuentran previstas en algunas leyes especiales y en el artículo 30 del TUOLPCL, que las equipara con el despido.

La NLPT atribuye al trabajador la carga de probar los actos de hostilidad, habida cuenta de que es frecuente que las supuestas conductas hostiles no sean más que un ejercicio válido del poder de dirección del que goza el empleador; del cual no puede presumirse que sus decisiones, *per se*, están dirigidas a afectar los derechos del trabajador.

10.1.5. Prueba de la existencia del daño alegado

El artículo 53 de la Ley n.º 27983, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, contempla la posibilidad de que los trabajadores víctimas de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional o sus derechohabientes puedan demandar una indemnización al empleador por el daño sufrido en el ámbito de su esfera personal, patrimonial o en ambas.

La esfera personal está referida tanto al aspecto físico o mental del individuo, como al entorno social dentro del cual se desenvuelve e interrelaciona. Por otra parte, la esfera patrimonial abarca los bienes materiales o inmateriales que integran el patrimonio del sujeto afectado.

Al ser el trabajador o sus derechohabientes quienes demandan una indemnización al afirmar haber sufrido un detrimento físico o patrimonial y lo cuantifican, corresponde que sea dicha parte la que deba probarlo (art. 23.3 c de la NLPT).

10.2. La carga probatoria del empleador

La NLPT, en el artículo 23.4, hace referencia a la carga de la prueba del demandado cuando este sea señalado como empleador, pues dichas reglas no resultarían aplicables cuando el demandado fuese el trabajador. La ley adjetiva aplica la teoría de la carga dinámica de la prueba anteriormente explicada, según la cual el empleador es la parte que está en mejores condiciones de probar.

10.2.1. El cumplimiento de la normatividad laboral

De acuerdo con la NLPT, incumbe al empleador la carga de la prueba de «el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad» (art. 23.4 a).

Esta prescripción obedece a que en los contratos individuales y en los convenios colectivos de trabajo se instauran obligaciones para el empleador; como llevar el registro de los pagos efectuados (por ejemplo, las planillas de pago); expedir las disposiciones dirigidas a implementar los acuerdos establecidos en los convenios colectivos y los contratos de trabajo; y presentar todas las declaraciones y los registros de ley ante la autoridad competente (por ejemplo, los registros correspondientes al sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo).

A su vez, tiene la obligación de probar, de ser el caso, que la obligación laboral se ha extinguido, ya sea por prescripción o por caducidad. Y si existe una causal para que la obligación sea inexigible, corresponderá igualmente al empleador probarla.

10.2.2. La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado

En la NLPT se determina que al empleador le corresponde probar «la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado» (art. 23.4 b).

En los procesos por nulidad del despido, al empleador le corresponde demostrar que la decisión de despedir fue razonable y que guarda proporcionalidad con las faltas atribuidas al trabajador; por lo general, una falta grave, aunque posteriormente en el proceso se acredite que los hechos imputados al trabajador no justificaban un despido. En este caso, lo que el demandado debe probar es que no obró con el propósito de afectar derechos del trabajador, tales como la libertad sindical, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva u otros derechos laborales.

10.2.3. El estado del vínculo laboral y la causa del despido

También la NLPT sanciona que el empleador debe probar lo referente al «estado del vínculo laboral y la causa del despido» (art. 23.4 c). Respecto

a esta carga probatoria resulta, asimismo, de aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba, por lo que será el empleador quien tenga la carga de probar tales situaciones.

El «Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (núm. 158)» de la OIT, de junio de 1982, señala que corresponde a la parte empleadora «la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación» (art. 9, numeral 2, lit. a); es decir, según el mismo convenio:

No se podrá poner término a la relación de trabajo [...] a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. (art. 4)

11. LOS INDICIOS

La palabra indicio deriva del latín *indicium*, que significa indicación o revelación.

Los indicios son hechos conocidos a partir de los cuales mediante un razonamiento lógico se llega a descubrir otros que eran desconocidos.

Ahora bien, del tratamiento dado a los indicios en el proceso regulado por la NLPT, se tiene que cuando de lo actuado se permita presumir la existencia del hecho lesivo alegado:

el juez debe darlo[s] por cierto[s], salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes. (art. 23.5)

12. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Sobre qué debe entenderse por valoración de la prueba, a continuación, presentamos algunas definiciones, para luego ofrecer la nuestra. Según Armenta (2004):

Es la actividad jurisdiccional en virtud de la cual el juez determina el valor concreto que ha de atribuirse a cada uno de los medios de prueba practicados.

Teóricamente, dicho valor puede venir prescrito por la propia ley (prueba legal o tasada) o, sin que existan criterios legalmente establecidos, se encomiende al criterio razonado del juez (libre valoración). (p. 187)

Álvarez (2005) manifiesta lo siguiente:

La operación de valoración, que pertenece a la formación interna del fallo, es cometido exclusivo del juez o tribunal, por la cual el juzgador llega a la conclusión de que los hechos que fueron alegados por las partes han resultado acreditados. La valoración supone la determinación de la eficacia de la prueba ordenada la formación de la convección [sic] del juez sobre los hechos controvertidos. De ahí que se haya afirmado que la «valoración» no pertenece a la fase de prueba sino al periodo decisorio. Este proceso de acreditación de hechos se concreta y resume en la sentencia en la declaración de «hechos probados». (p. 717)

Por su parte, Ríos (2023) sostiene lo siguiente:

Desde un panorama general, se puede decir que la valoración es el procedimiento realizado por el juez sobre los elementos de prueba, en búsqueda de la acreditación o no, de los hechos materia de controversia en un determinado proceso. Su marcha debe ser objeto de cánones de racionalidad, tomando distancia de un enfoque plenamente subjetivista o psicológico. (p. 45)

Nosotros definimos la valoración probatoria como «la actividad racional del juez mediante la cual evalúa cualitativamente los medios de prueba, tanto aportados por las partes como los ordenados de oficio, y su efectividad para crearle convicción para resolver en determinado sentido» (Arévalo, 2020, p. 17).

En cuanto a los sistemas para evaluar la prueba, en doctrina se admiten los siguientes: prueba tasada, libre convicción y las reglas de la sana crítica.

- a) **Sistema de prueba legal o tarifada:** en este sistema la ley otorga, previamente, el valor probatorio de cada medio probatorio. Pero dicho sistema ha devenido en obsoleto, toda vez que la actividad del juez termina por convertirse en una operación aritmética de suma y resta de pruebas.
- b) **Sistema de libre convicción:** aquí el juez valora la prueba libremente, sin sujetarse a un criterio preestablecido. Para tomar su decisión, considera las pruebas que obran en autos e incluso fuera de estos. Dicho sistema ha sido criticado, pues se opina que puede favorecer la arbitrariedad judicial.
- c) **Sistema de la sana crítica:** según este sistema el juez valora las pruebas conforme a las leyes de la lógica, de los conocimientos científicos y de las reglas de la experiencia.

Consideramos que la NLPT, de modo pertinente, no ha incorporado disposiciones que le indiquen al juez cuántos y cuáles deben ser los medios probatorios que deben formar su convicción al momento de sentenciar. Por el contrario, la ley le permite realizar una valoración conjunta, utilizando para ello su apreciación razonada y sus conocimientos; vale decir, adopta el criterio de la sana crítica previsto en el artículo 197 del Código Procesal Civil. Asimismo, el juez valora la conducta procesal de las partes o de sus representantes y forma conclusiones que van a incidir en su decisión o sentencia.

13. LAS PRESUNCIONES EN EL PROCESO LABORAL

La Corte Suprema ha sostenido, en la Casación Laboral n.º 13634-2015-Moquegua, que una presunción «es un razonamiento lógico por medio del cual el juez, a partir de un hecho conocido, llega a tomar certeza sobre otro hecho que desconocía y que es materia de investigación en el proceso» (considerando séptimo).

Alvarado (2019), sobre la presunción en el proceso laboral, nos dice lo siguiente:

Así, la nueva norma procesal laboral prevé en el artículo 23, numeral 5, una de las formas de presunción judicial basada principalmente en la prueba indiciaria, que quiere decir que el juez deberá tener en cuenta los indicios presentados por el trabajador demandante respecto de un hecho lesivo o ilícito, como por ejemplo: despidos nulos, despidos incausados, despidos fraudulentos o injustificados.

Ahora bien, dicha presunción basada en indicios deberá ser contradicha por el empleador; si este no lo hace, la demanda devendrá en fundada, ya que el juzgador deberá presumir que aquella situación que los indicios trataban de acreditar era cierta. (p. 109)

Las presunciones pueden ser de naturaleza legal o judicial; a su vez, las presunciones legales pueden ser absolutas o relativas. Son absolutas si no admiten prueba en contrario respecto del hecho al que se refieren; y son relativas cuando admiten que la veracidad del hecho que norman pueda ser objeto de prueba en contrario.

En cambio, las presunciones judiciales son aquellas que elabora el juez a través de su razonamiento, a partir de hechos conocidos en el proceso, para formar convicción respecto de hechos desconocidos en aquel.

De acuerdo con la NLPT, el juez se encuentra facultado para extraer conclusiones en contra de las partes, en atención a la conducta que asumen en el proceso, principalmente, cuando alguna de las partes ha obstaculizado la actividad probatoria (art. 29, primer párrafo).

El citado dispositivo también entiende que las partes obstaculizan la actividad probatoria cuando no cumplen con las exhibiciones

ordenadas; niegan la existencia de documentos que son propios de la actividad jurídica o económica que desarrollan; impiden o niegan el acceso al juez, a los peritos o a los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre; se niegan a declarar o responden evasivamente (art. 29, segundo párrafo).

14. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con una teoría tridimensional de la prueba, esta debe ser estudiada en sus tres aspectos: como fuente, como medio y como elemento de convicción. Según ello, la prueba es aquel hecho de la realidad, generalmente invocado por las partes, que se incorpora de modo válido al proceso para convertirse en elemento formador de la decisión del juez, previa valoración razonada. Vale decir, es la demostración de la veracidad procesal que sobre hechos han afirmado las partes, con la finalidad de generar convicción en el juez.
2. La prueba es, por naturaleza, un derecho fundamental que goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso; y cuyo contenido esencial y alcances han sido ampliamente desarrollados por el Tribunal Constitucional.
3. El derecho a probar abarca cinco aspectos: derecho a ofrecer medios probatorios; a que estos se admitan; a que se actúen dichos medios probatorios admitidos; a que se valoren los medios de prueba actuados; y derecho a la conservación de los medios probatorios.
4. Son idóneos todos los medios probatorios y sucedáneos que acrediten los hechos expuestos y produzcan certeza en el juzgador a efectos de que fundamente sus decisiones. Estos deben ser ofrecidos por las partes solo en la demanda y en la contestación; pero, de manera excepcional, podrán ofrecerse hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando se refieran a hechos nuevos o que hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad.
5. En caso de insuficiencia probatoria, la norma faculta al juez a disponer la actuación, de manera excepcional, de la prueba de oficio.
6. La carga de la prueba, en sentido amplio, es la facultad que poseen las partes de aportar pruebas, y corresponde a quien afirma hechos que

configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Pero la carga de la prueba posee un carácter subsidiario, pues su aplicación surge cuando —una vez valorada la prueba— se mantienen inciertos hechos principales que no le permitan al juez dar por acreditada o probada una de las hipótesis formuladas por las partes.

7. En el proceso laboral es de plena aplicación la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, según la que deben atribuirse mayores cargas probatorias a quien esté en mejores condiciones de ofrecer las pruebas que acrediten o desacrediten lo afirmado respecto a los hechos, en este caso el empleador.
8. El artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece una presunción de laboralidad que expande el ámbito de protección del derecho del trabajo más allá de lo establecido por la norma sustantiva, y contraviene lo previsto en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; de ahí que la legislación procesal laboral se diferencie de la sustantiva en tanto solo exige acreditar la prestación personal de servicios, mas no la subordinación.
9. La valoración de la prueba es la actividad racional del juez mediante la cual evalúa cualitativamente los medios de prueba, tanto los aportados por las partes como los ordenados de oficio, y su efectividad para crearle convicción para resolver en determinado sentido.
10. En el proceso laboral el juez es el director en la producción de pruebas, lo que permite una mejor apreciación de los medios probatorios y hacer efectivos sus deberes como conductor del proceso.

REFERENCIAS

- Alvarado, C. (2019). *La prueba en el proceso laboral*. Gaceta Jurídica.
- Álvarez, A. (2005). La prueba en el proceso laboral. En J. L. Collantes (coord.), *Temas actuales de derecho laboral: obra colectiva* (pp. 710-735). Normas Legales.

- Arévalo, J. (2020). Los medios probatorios en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (parte general). *Actualidad Laboral*, (506), 6-18. <https://actualidadlaboral.com/wp-content/uploads/2020/09/revista-agosto-2020.pdf>
- Armenta, T. (2004). *Lecciones de derecho procesal civil* (2.^a ed.). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Eto, G. (2011). *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Adrus.
- Garmendia, M. (2019). Ámbito subjetivo de aplicación del derecho del trabajo. *Revista Paradigma*, 28(1), 15-33. <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1440>
- Falcón, E. (2023). *Tratado de la prueba*. Astrea.
- Malca, V. R. (2013). *Manual del nuevo proceso laboral y litigación oral*. Ediciones BLG.
- Monzón, W. (2014). A propósito de la presunción de laboralidad regulada en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497. Extendiendo el ámbito de la protección del derecho del trabajo. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo* (pp. 393-405).
- Priori, G. (2011). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ara Editores.
- Ríos, J. C. (2023). *La prueba en el proceso laboral*. Editores del Centro.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Casación Laboral n.º 13634-2015-Moquegua (2017). Corte Suprema de Justicia de la República (25 de mayo de 2017).
- Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) (22 de junio de 1982).
- Expediente n.º 010-2002-AI/TC (2003). Tribunal Constitucional (3 de enero de 2003).

Expediente n.º 1934-2003-HC/TC Lima (2003). Tribunal Constitucional (8 de septiembre de 2003).

Expediente n.º 6712-2005-HC/TC Lima (2005). Tribunal Constitucional (17 de octubre de 2005).

Expediente n.º 1014-2007-PHC/TC Lima (2007). Tribunal Constitucional (5 de abril de 2007).

Ley n.º 31152. Ley que modifica el inciso e) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR. *Diario Oficial El Peruano* (1 de abril de 2021).

Pleno Jurisdiccional Laboral 1997. Poder Judicial del Perú (30 de mayo de 1997). https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/10_10_pleno_laboral_97.pdf

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y revisión del trabajo; aprobación final de la versión que se publicará.

Biografía del autor

El autor es docente de la maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres. Es juez de la Corte Suprema de Justicia de la República. Es autor, entre otros libros, del *Tratado de derecho laboral* (2023), *Las técnicas de litigación oral en el proceso laboral, comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo* (2015); y de ensayos y artículos de investigación sobre temas laborales.

Correspondencia

arevalovela4@gmail.com



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 53-81

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.881

Comparación forense de voces: un estudio preliminar sobre las diferencias entre una voz natural y una voz artificial para la investigación judicial¹

Forensic comparison of voices: a preliminary study on the differences between a natural voice and an artificial voice for judicial investigation

Comparaçãõ forense de vozes: um estudo preliminar sobre as diferenças entre voz natural e voz artificial para investigação judicial

JHON JIMENEZ PEÑA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: jhon.jimenez@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-3317-6152>

FERNANDO AARÓN TORRES CASTILLO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: fernando.torres2@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1432-8811>

OSCAR ESAUL CUEVA SANCHEZ

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: oscar.cueva1@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-1361-2367>

1 Esta investigación fue impulsada por el Gabinete de Lingüística Forense —el Instituto de Investigación de Lingüística Aplicada (CILA) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos—, el cual fue creado mediante la Resolución Decanal n.º 000623-2021-D-FLCH/UNMSM.

RESUMEN

Este estudio presenta una aproximación en torno a las similitudes y las diferencias fonéticas entre una voz natural y una voz artificial, por lo que se busca: (a) brindar un análisis que sirva de antecedente ante casos judiciales de clonación de voz por inteligencia artificial (IA) y (b) exponer la importancia de la lingüística como fuente de evidencia científica para el sistema judicial. Así, se ha analizado la voz del narrador argentino Mariano Closs y su contraparte artificial creada en FakeYou (convertidor de texto en habla) mediante el método combinado que integra el uso de programas automáticos de análisis de voz (Forensia y SIS II) y el análisis fonético. Los programas automáticos mostraron resultados de alta convergencia entre la voz natural y la voz artificial. Sin embargo, en el análisis fonético, se observó diferencias en la producción de determinados sonidos, en la entonación; asimismo, hubo procesos fonéticos presentes en una muestra. Es así que, a pesar de la similitud de las muestras en el plano biométrico, la voz artificial del narrador Mariano Closs aún no es del todo similar a su contraparte natural en el plano fonético.

Palabras clave: análisis fonético; voz artificial; convertidor de texto en habla; lingüística forense; criminalística.

Términos de indización: fonética; habla; lingüística; procedimiento legal; crimen (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This study presents an approach to the phonetic similarities and differences between a natural voice and an artificial voice, which is why it seeks to: (a) provide an analysis that serves as a precedent for judicial cases of voice cloning by artificial intelligence (AI) and (b) expose the importance of linguistics as a source of scientific evidence for the judicial system. Thus, the voice of the Argentine narrator Mariano Closs and his artificial counterpart created in FakeYou (text-to-speech converter) have been analyzed using the combined method that integrates the use of automatic voice analysis programs (Forensia and SIS II) and the phonetic analysis. The automatic programs showed results of high convergence between the natural voice and the artificial voice. However, in the

phonetic analysis, differences were observed in the production of certain sounds, in intonation, and there were phonetic processes present in a sample. Thus, despite the similarity of the samples on the biometric level, the artificial voice of the narrator Mariano Closs is still not completely similar to his natural counterpart on the phonetic level.

Key words: phonetic analysis; artificial voice; text to speech converter; forensic linguistics; criminalistics.

Indexing terms: phonetics; speech; linguistics; judicial procedure; crime (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este estudo apresenta uma abordagem sobre as semelhanças e diferenças fonéticas entre uma voz natural e uma voz artificial, por isso busca: (a) fornecer uma análise que sirva de precedente para casos judiciais de clonagem de voz por inteligência artificial (IA) e (b) expor a importância da linguística como fonte de evidências científicas para o sistema judicial. Assim, a voz do narrador argentino Mariano Closs e sua contraparte artificial criada no FakeYou (conversor de texto para fala) foi analisada através do método combinado que integra o uso de programas de análise automática de voz (Forensia e SIS II) e a análise fonético. Os programas automáticos apresentaram resultados de alta convergência entre a voz natural e a voz artificial. Porém, na análise fonética foram observadas diferenças na produção de determinados sons, na entonação, e houve processos fonéticos presentes em uma amostra. Assim, apesar da semelhança das amostras no nível biométrico, a voz artificial do narrador Mariano Closs ainda não é totalmente semelhante à sua contraparte natural no nível fonético.

Palavras-chave: análise fonética; voz artificial; conversor de texto para fala; linguística forense; criminalística.

Termos de indexação: fonética; fala; linguística; procedimento legal; crime (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 18/10/2023

Revisado: 25/10/2023

Aceptado: 7/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

Según Ramírez (2023) —redactor del periódico *El Comercio*—, hasta septiembre del presente año se han identificado, por lo menos, cincuenta casos de clonación de voz con inteligencia artificial (IA) para estafar o fingir secuestros. Este tipo de casos poco a poco va tomando terreno en el Perú, por ello es importante realizar estudios que examinen las diferencias entre la voz natural y la voz artificial para así brindar un antecedente a los especialistas que analicen estos casos.

La inteligencia artificial pertenece a una rama de la ciencia computacional que tiene como meta generar procesos cognitivos similares a los de los humanos (Peña, 2022). Además, cumple un rol importante en la actualidad porque se usa en diversos ámbitos y para distintos fines (organización de bases de datos, procesos logísticos, asistentes virtuales, replicación y creación de voz, entre otros). De esta forma, la inteligencia artificial en su propósito de igualar a la competencia del lenguaje humano ha tenido avances muy significativos.

Es así que actualmente existen muchos conversores de texto en habla a disposición de cualquier persona, por lo que ahora es muy común ver en redes sociales diversos contenidos en los que se usan voces artificiales e, incluso, puede resultar complicado distinguir cuándo se trata de una voz natural o una voz artificial. En ese sentido, la lingüística cumple un rol importante porque «todo texto oral o escrito involucrado en delitos tipificados en el Código Penal —es decir, que es utilizado en la investigación fiscal y empleado en la administración de justicia [...]— es potencialmente objeto de estudio de la lingüística forense» (Lazo y Rivas, 2022, p. 374). Y aunque desde la lingüística aún no se ha estudiado a profundidad casos como el de la clonación de voz

[se considera] que tiene un gran potencial a la hora de abordar uno de los desafíos de seguridad más importantes que enfrenta el mundo en la actualidad. Nos referimos a los *deepfakes*, [son] videos o audios que, sin ser reales, lo parecen debido a una manipulación [...], realizada mediante técnicas de inteligencia artificial. (San Segundo, 2022)

El desarrollo de estas nuevas tecnologías puede tener distintos efectos tanto positivos, por ejemplo, *Illariy*, quien es la primera presentadora de noticias generada por inteligencia artificial que habla en quechua (un proyecto desarrollado desde la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), pero los efectos también pueden ser negativos si estas tecnologías se usan de forma equivocada. Por ejemplo, no sería raro que los delitos de fraude, usurpación de la identidad, extorsión, amenazas, violación de la privacidad por clonación de voz aumenten porque cada vez es más accesible replicar voces. Uno de los convertidores de texto en habla más famosos, justamente por ser de uso libre, es el sitio web FakeYou, el cual permite al usuario convertir un texto en habla con la voz de una celebridad o cualquier personaje que esté en su base de datos e, incluso, replicar la voz de cualquier persona siempre que se realice una suscripción y se cuente con grabaciones de audio de la voz que se busca replicar. No obstante, a pesar de que el sitio web advierta lo siguiente: «No aprobamos el uso de FakeYou para ningún tipo de suplantación, engaño, insulto, abuso o maltrato de cualquier grupo» (Echelon, s. f.), es inevitable que dicho convertidor de texto en habla pueda ser usado con fines delictivos.

Por esta razón, el objetivo del presente estudio es brindar una aproximación en torno a las similitudes y las diferencias fonéticas entre una voz natural y una voz artificial para así poder identificar parámetros en los que ambas voces difieran. Para realizar esta tarea, se analizó la voz de Mariano Closs, relator argentino y periodista deportivo (la muestra se extrajo de entrevistas encontradas en internet) y su contraparte artificial (proveniente de FakeYou). Es importante señalar que el estudio se circunscribe al campo de la fonética forense, puesto que se realiza la comparación de voces entre ambas muestras. Asimismo, el análisis se realiza con el método combinado que integra el uso de programas automáticos de análisis de voz (Forensia y SIS II) y el análisis fonético del habla.

El presente artículo se estructura en cinco apartados. En el primer apartado, se contextualiza e identifica el problema del estudio. En el segundo apartado, se expone el marco teórico. En el tercer apartado, se presenta la metodología de recolección y acondicionamiento de los

datos. En el cuarto apartado, se presenta el análisis automático y fonético. Finalmente, en el último apartado, se presentan las conclusiones de la investigación.

2. MARCO CONCEPTUAL

La lingüística forense se nutre de campos como la fonética, la fonología, la sociolingüística, entre otras ramas, con la finalidad de esclarecer un hecho delictivo. El presente estudio se circunscribe en el campo de la fonética forense y la conversión de texto en habla.

2.1. Fonética forense

La fonética se encarga de la descripción de los sonidos del habla desde tres perspectivas: articulatoria, acústica y sonora (Garayzábal *et al.*, 2019). Mientras que la fonética forense se define como «principalmente el uso de técnicas fonéticas en el análisis de la voz aplicado a investigaciones criminales. Incluye técnicas de comparación de voz, reconocimiento de voz [...]» (Olsson, 2008, p. 156).

En ese sentido, la relación de la fonética forense y la criminalística es muy estrecha porque el interés fundamental de la fonética forense «reside en discernir con el mayor grado de fiabilidad posible si concurren suficientes indicios como para sostener que dos voces pueden corresponder a la misma persona o si, por el contrario, hay que rechazar esta posibilidad» (Fernández, 2007, p. 49). Es importante señalar que la voz puede variar a nivel idiolectal, lo que se conoce como «el uso individual [de la lengua] que establece un hablante y que diversos factores como los culturales, económicos, educativos, sociales, de género u profesión se manifiestan en estos idiolectos» (Torres, 2023, p. 15) y a nivel interhablante (variación interhablante).

En la comparación de locutores, se usan distintos tipos de análisis. Gold y French (2011) enlistan los métodos usados en distintos países: análisis fonético auditivo (AuPA), análisis fonético acústico (AcPA), análisis fonético auditivo y fonético acústico (AuPA + AcPA), análisis por sistema automático de reconocimiento de voces (ASR) —uso de *softwares* biométricos de análisis de voz— y, finalmente, el análisis por

sistema automático de reconocimiento de voces con el análisis humano (HASR) —combina todos los métodos anteriores—.

2.2. La conversión de texto en habla

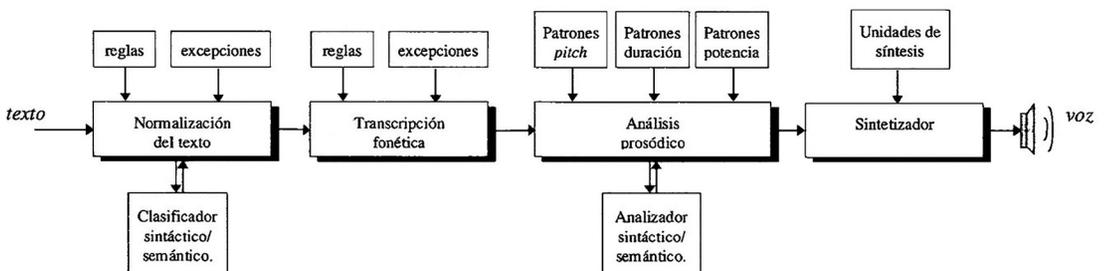
Cortez *et al.* (2009) señalan que «una de las tareas fundamentales de la inteligencia artificial (IA) es la manipulación de lenguajes naturales usando herramientas de computación, [... los lenguajes de programación] forman el enlace necesario entre los lenguajes naturales y su manipulación por una máquina» (pp. 47-48). Y, justamente, los convertidores de texto en habla son el resultado del procesamiento del lenguaje natural a través de un lenguaje de programación que se estructura modularmente.

En ese sentido, Bonafonte (1997) describe la conversión de texto en voz como un «sistema que requiere unos registros de señales orales relacionadas con unas unidades básicas (por ejemplo fonemas), que ha de concatenar siguiendo el texto de entrada» (p. 70). Además, señala que, para obtener una conversión de calidad, las unidades básicas deben ser modificadas para que se reproduzcan de la forma más natural posible. Añade que el análisis de los sonidos y su interacción, tanto como los patrones suprasegmentales son tarea de fonetistas y lingüistas.

En la figura 1, se detalla el funcionamiento esencial de la conversión de texto en voz.

Figura 1

Sistema de conversión de texto en voz propuesto por Bonafonte



Nota. Tomado de Bonafonte (1997, p. 71).

Según Llisterri *et al.* (2004), la conversión de texto en habla permite que cualquier texto escrito sea oralizado por un ordenador con la ayuda de una serie de módulos que procesan los datos de naturaleza lingüística y, asimismo, recurren también a bases de datos que contienen información de ese tipo. Y aunque este campo tradicionalmente se ha asociado con la ingeniería de telecomunicaciones y el tratamiento digital de señales, en la actualidad es necesaria también la participación de expertos que faciliten el conocimiento lingüístico en cada uno de los módulos.

Fernández (2007) indica que hay tres tipos principales de síntesis de voz: la síntesis por formantes, la síntesis articulatoria y la síntesis por concatenación. La síntesis por formantes genera el habla a partir de la especificación previa de los parámetros acústicos, la síntesis articulatoria genera el habla a partir de parámetros que describen la posición y el movimiento de los articuladores y la síntesis por concatenación genera el habla uniendo pequeños fragmentos de sonido para generar oraciones. En el caso de FakeYou, este es un convertidor de texto en habla que permite acceder a una gran cantidad de voces de su base de datos (voces de deportistas, presentadores, actores, etc.). Además, con una suscripción permite generar la voz artificial de cualquier persona a partir de archivos de audio que previamente se carguen en el sitio web.

2.3. Funcionamiento de las redes neuronales artificiales

Según Mena y Rojas (2021), para que una inteligencia artificial clone la voz humana, la inteligencia artificial debe utilizar modelos que identifiquen patrones, sonidos, estructuras silábicas, palabras, entre otros elementos de la voz humana, por ende, utilizan redes neuronales computacionales, estas

buscan simular la forma en la que el cerebro humano es capaz de reconocer la voz y las palabras del entorno que lo rodea, tiene la capacidad de ajustarse a sí misma y mejorar sus resultados conforme transcurre el tiempo [...]. (p. 88)

3. METODOLOGÍA

Este estudio es de tipo exploratorio, puesto que la problemática que se abordará ha sido poco estudiada y no se encontraron antecedentes directos que se refieran al tema. Además, se busca comparar la voz natural con la voz artificial para identificar rasgos fonéticos que ayuden a distinguir una muestra de la otra.

El método que se usa para la presente investigación es el método combinado (Univaso, 2016). Este se compone por el método por sistemas de reconocimiento automático y por el método clásico, el primero se relaciona con el uso de programas de biometría de voz que comparan automáticamente una muestra dubitada con una muestra indubitada a partir de algoritmos (Garayzábal *et al.*, 2019) y, el segundo, se enfoca en un análisis perceptual y acústico mediante la escucha y la visualización del espectrograma y el oscilograma de procesos fonético-fonológicos.

3.1. Recolección de datos

El estudio emplea dos muestras: la muestra natural y la muestra artificial de Mariano Closs. Es importante recalcar que la voz natural de Mariano Closs se extrae de relatos de partidos de fútbol, debido a que la voz artificial proveniente de FakeYou se encuentra también en dicho contexto.

3.1.1. Voz natural

La muestra de voz natural está constituida por dos archivos de audio provenientes de videos de YouTube en los que Mariano Closs narra partidos de la Champions League temporada 2021-2022, ambos videos fueron tomados de la cuenta de YouTube ESPN Fans (en las referencias se especifican los videos). Asimismo, es importante señalar que para descargar los videos en archivos de audio en formato wav se usó el convertidor en línea *y2mp3.top* (<https://y2mp3.top>). En la figura 2, se reportan las propiedades de ambos archivos de audio:

Figura 2

Archivos que constituyen la muestra de voz natural

Nombre	Tipo	Tamaño	Duración
¡BENZEMA BRILLÓ Y EL MERENGUE BORRÓ AL PSG DE MESSI DE LA CHAMPIONS! Real Madrid 3-1 PSG RESUMEN	Archivo WAV	122,661 KB	00:10:54
¡ÉPICA REMONTADA E HISTÓRICA CLASIFICACIÓN DEL MERENGUE! Real Madrid 3-1 Man. City RESUMEN	Archivo WAV	121,522 KB	00:10:48

3.1.2. Voz artificial

La muestra de voz artificial está constituida también por dos archivos de audio provenientes del sitio web FakeYou (<https://fakeyou.com>). Este sitio web posee tres opciones de voz para Mariano Closs, se usó: «Mariano Closs (Relator de fútbol Argentino) (por Vox_Populi)». En la figura 3, se muestra una captura de pantalla del sitio web en el que se observa uno de los corpus usados.

Figura 3

Interfaz de FakeYou



El corpus que se introdujo en FakeYou se constituyó por las mismas oraciones y las frases presentes en la muestra natural. La muestra de mayor duración se usó para el análisis fonético. Mientras que la segunda muestra se utilizó para el análisis con los programas automáticos.

Figura 4

Archivos que constituyen la muestra de voz artificial

Nombre	Tipo	Tamaño	Duración
 av_mc1.wav	Archivo WAV	9,246 KB	00:02:27
 av_mc2.wav	Archivo WAV	2,191 KB	00:00:35

3.2. Acondicionamiento de las muestras

3.2.1. Voz natural

3.2.1.1. Formato de las muestras de voz natural

Los audios de la muestra de voz natural se descargaron en formato wav. Estos archivos de audio presentan un solo canal, una frecuencia de muestreo de 44.1 kHz y 16 bits de profundidad. Estas características son compatibles con los programas utilizados en el análisis de voz.

3.2.1.2. Extracción de los fragmentos de voz de las muestras de voz natural

En cada archivo de audio, se seleccionaron los intervalos de tiempo correspondientes a la participación de la voz de Mariano Closs. Posteriormente, estos intervalos de tiempo fueron extraídos y concatenados y se crearon nuevos archivos de audio a partir de estos, los mismos que se presentan en la tabla 1, junto a su tiempo de duración. Además, en esta tabla aparece el código de referencia, que será utilizado en adelante para señalar los audios de voz natural.

Tabla 1

Valores temporales de los intervalos de tiempo de la muestra de voz natural

Referencia	Nombre del archivo	Duración (s)
NV_01	¡BENZEMA BRILLÓ Y EL MERENGUE BORRÓ AL PSG DE MESSI DE LA CHAMPIONS!-C.wav	287.56
NV_02	¡ÉPICA REMONTADA E HISTÓRICA CLASIFICACIÓN DEL MERENGUE!-C.wav	210.35

3.2.2. Voz artificial

3.2.2.1. Formato de las muestras de voz artificial

El sitio web FakeYou exporta los archivos de audio en formato wav. Estos archivos de audio presentan un solo canal, una frecuencia de muestreo de 32 kHz y 16 bits de profundidad. Estas características son compatibles con los programas utilizados en el análisis de voz, por lo que no se les realizó ninguna adaptación.

3.2.2.2. Extracción de los fragmentos de voz de las muestras de voz artificial

No fue necesario extraer los fragmentos de habla del audio de la voz artificial, debido a que contenía únicamente la voz artificial de Mariano Closs. En la tabla 2, se muestra la duración de los archivos de audio, así como su código de referencia:

Tabla 2

Valores temporales de la muestra de voz artificial

Referencia	Nombre del archivo	Duración (s)
AV_01	av_mc1.wav	147.77
AV_02	av_mc2.wav	35.05

Cabe señalar que, como se indicó anteriormente, AV_01 se usó en el análisis fonético, mientras que la muestra AV_02 se usó en el análisis automático.

4. ANÁLISIS

4.1. Análisis de comparación automática

En este apartado, se usaron dos programas de comparación automática de voz en sus versiones de prueba o demo con la finalidad de observar los análisis y los resultados realizados por estos.

Los resultados de estos programas están basados en el marco de *likelihood ratio* (razón de verosimilitud o relación de verosimilitud). La introducción del enfoque del LR (o enfoque bayesiano) en las ciencias forenses, incluyendo la comparación de voz, es probabilístico y es denominado como el nuevo paradigma o cambio de paradigma y «muchos estadísticos forenses [lo] recomiendan como el marco lógicamente correcto para la evaluación de las evidencias comparativas» (Morrison, 2009/2011, p. 5).

La razón de verosimilitud se expresa a través del cálculo entre dos probabilidades: las que proceden del mismo locutor y las que proceden de diferentes locutores. En la figura 5, se detalla este cálculo, LR (*likelihood ratio*) es la razón de verosimilitud; p es probabilidad; H_p es la hipótesis del fiscal y H_d es la hipótesis de la defensa. Se debe agregar que el numerador de la fórmula es una expresión de la similitud, y el denominador, una expresión de la tipicidad (Morrison, 2009/2011). Finalmente, si el valor del cálculo de la fórmula es mayor que uno, indica que ambas voces proceden del mismo locutor (hipótesis fiscal); por su lado, si el resultado de la fórmula es menor que uno, indica que las voces proceden de diferentes locutores (hipótesis de la defensa).

Figura 5

Fórmula según el teorema de Bayes

$$LR = \frac{p(E | H_p)}{p(E | H_d)}$$

Nota. Tomado de Rosas *et al.* (2011, p. 20).

4.1.1. Comparación automática en SIS II (versión trial)

El *software* SIS II fue creado por la empresa rusa Speech Technology Center (STC) y actualmente se utiliza en diferentes países como México, Perú, Rusia, entre otros. Algunos de los estudios que emplean este programa son los de Jimenez *et al.* (2022) y Torres (2023), ambos autores concluyen que el programa SIS II es óptimo para determinar la convergencia entre las muestras utilizadas.

El programa incorpora diversos *plugins*, el que se utiliza en el presente estudio es el de *Automatic Comparison*, el cual permite comparar dos muestras de voz a partir de tres métodos: SF (método de identificación de espectro de formantes o Spectral-Formant Speaker Identification Method), Pitch (método de identificación estadístico del Pitch o Pitch Statistics Identification) y GMM (modelo mixto gaussiano o método de variabilidad total o Total Variability Method). Con esto se logra determinar si las muestras comparadas pertenecen a un mismo locutor o a diferentes locutores. El método SF se basa en el estudio estadístico de la frecuencia de los formantes para determinar la geometría del tracto vocal, el cual es único para cada persona. El método Pitch es un análisis estadístico de dieciséis características de la frecuencia fundamental (correlato acústico de la vibración de los pliegues vocálicos). El método GMM o variabilidad total (TotV) es un análisis de la representación espectral de una señal de voz a través de coeficientes cepstrum. Posteriormente, la densidad de la distribución de las características de identificación se moldea a través de los modelos de mezclas gaussianas (GMM).

Los resultados del programa SIS II muestran los valores de FR (falso rechazo), FA (falsa aceptación) y LR (*likelihood ratio* o razón de verosimilitud), además, concluye en términos de *same speaker* (mismo locutor) o *different speakers* (locutores diferentes), cada uno con nivel de probabilidad: *high* (alta), *medium* (media) y *low* (baja).

En las figuras 6 y 7, se presentan los resultados de la comparación automática de las muestras del estudio. Como se observa, en ambos casos los valores del LR superan el valor de uno (4715 y 5001 en la figura 6 y 7, respectivamente), lo que indica que se trata del mismo locutor (*same speaker*) con una probabilidad alta (*high probability*).

Figura 6
Comparación automática de la muestra NV_01 y av_mc-C

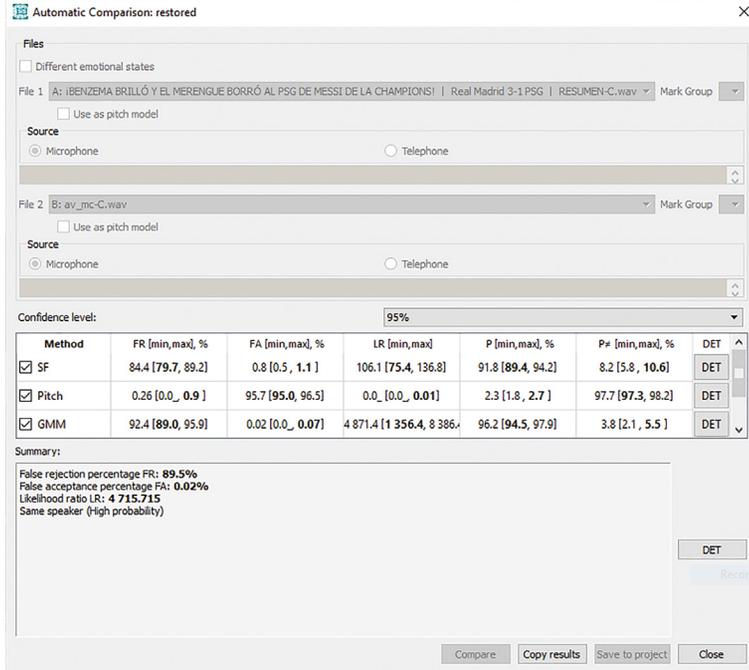
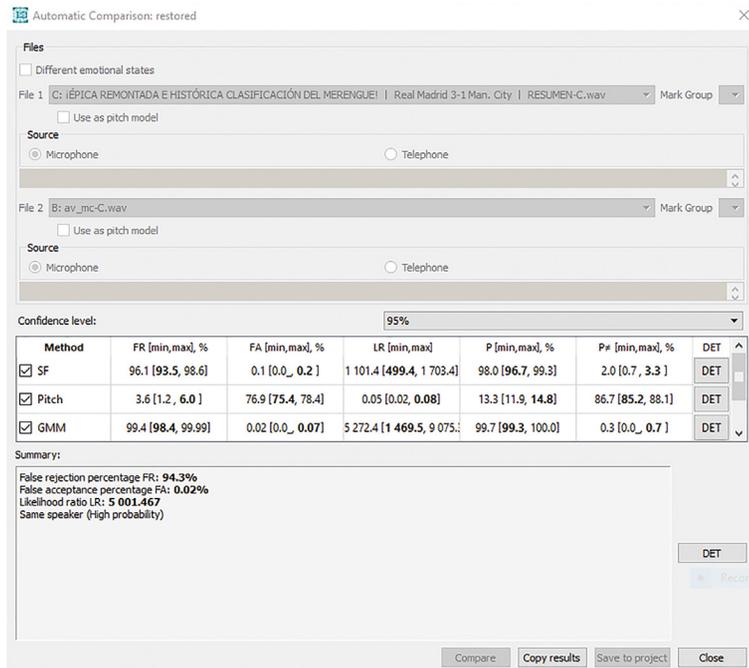


Figura 7
Comparación automática de la muestra NV_02 y av_mc-C



Los resultados indican que la voz natural y la voz artificial de Mariano Closs pertenecen al mismo locutor. No obstante, si se observan los resultados del LR en cada parámetro, se aprecia que el LR en el Pitch tiene un valor menor a uno en ambas figuras (0.0 y 0.05 en la figura 6 y 7, respectivamente), lo que indica que en este parámetro se presentaron diferencias entre locutores —aunque no las suficientes como para determinar el resultado de la comparación automática—, este puede ser un parámetro a tener en cuenta cuando se analiza una voz natural con una voz artificial.

4.1.2. Forensia (versión demo)

Forensia es un programa argentino de comparación automática de voz creado por BlackVOX². Las características discriminatorias de las muestras de voz (dubitada e indubitada) se extraen a partir del análisis espectral [que no considera el Pitch], además, se evalúan con una base de datos universal (Universal Background Model [UBM]) que incluye voces de diferentes lugares de Argentina (Univaso *et al.*, 2020).

Asimismo, incluye una etapa de calibración PLDA (*Probabilistic Linear Discriminant Analysis*), que resuelve los inconvenientes relacionados con que las muestras provengan de diferentes canales. Los resultados están presentados en términos de LR en escala logarítmica LLR, en la tabla 3, se presentan las equivalencias entre LR y LLR.

Tabla 3

Equivalencias entre LR y LLR

LR	LLR	Escala verbal	Apoyo
> 10000	> 4	Muy fuerte	A la hipótesis fiscal
1000 a 10000	3 a 4	Fuerte	
100 a 1000	2 a 3	Moderadamente fuerte	
10 a 100	1 a 2	Moderada	
1 a 10	0 a 1	Limitada	

2 Acceso a la página web a través de <https://blackvox.com.ar/>

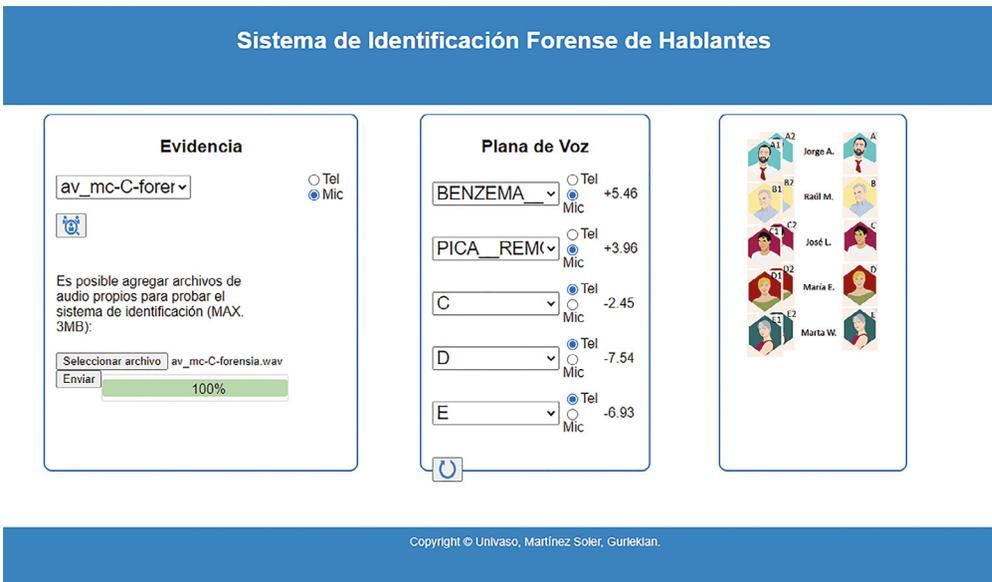
1 a 0.1	0 a -1	Limitada	A la hipótesis de la defensa
0.1 a 0.01	-1 a -2	Moderada	
0.01 a 0.001	-2 a -3	Moderadamente fuerte	
0.001 a 0.0001	-3 a -4	Fuerte	
<0.0001	>-4	Muy fuerte	

Nota. Adaptado de Rosas *et al.* (2011, p. 23).

En la figura 8, se presentan los resultados del programa Forensia en su versión demo³. Se observa que en la comparación de la muestra de voz artificial con las dos muestras de voz natural, el valor del LLR es mayor a uno (5.46 y 3.96 en la comparación de NV_01 y NV_02, respectivamente). Esto indica que el peso de la evidencia es muy fuerte y apoya a la hipótesis fiscal.

Figura 8

Comparación entre la muestra artificial y natural



3 El acceso fue permitido por los doctores Pedro Univaso y Jorge Gurlekian durante el curso Identificación por Voz que se imparte en la Universidad Tecnológica Nacional (Buenos Aires), en el año 2022.

Finalmente, la comparación entre la voz artificial y las voces de los locutores C, D y E (voces por defecto en la versión demo) presenta resultados de LLR negativos (menores a 1) cuya fuerza oscila entre moderada y muy fuerte para el apoyo a la hipótesis de la defensa. Asimismo, se debe advertir que al usar la versión demo no se cuenta con todas las características y las funciones del programa.

4.2. Análisis fonético

Machuca *et al.* (2014) y Lazo (2023) señalan que para realizar un análisis de comparación adecuado se debe observar las características fonético-acústicas de las muestras. Es así que «[...] el análisis auditivo, complementado con un análisis acústico detallado, permite establecer los fenómenos que se han de contemplar en el informe pericial sobre las grabaciones dubitadas» (Machuca *et al.*, 2014, p. 100).

Para realizar el análisis fonético, se usó el programa Praat, que ofrece una amplia gama de funciones para explorar y comprender los aspectos acústicos y fonéticos del habla (Boersma y Weenink, 2023). Además, Praat genera espectrogramas y oscilogramas, los cuales son esenciales para el análisis de los sonidos y los patrones fonéticos. Cabe señalar que los dibujos de los espectros se realizaron con el *plugin* TgDraw [Praat plug-in] Versión 0.3 (Muñoz, 2020).

En la tabla 4, se observan algunas de las características fonéticas más resaltantes de la muestra. Como se puede advertir, hay características que indican que la IA que produce la voz artificial de Mariano Closs aún es imperfecta porque se encuentran errores en cuanto a la correspondencia de grafías, la inserción de vocales en ciertos contextos en los que no debería suceder. Asimismo, se reportaron algunos procesos interesantes de observar porque parecen ser netamente lingüísticos, aunque no se descarta que puedan ser perfeccionados con una programación más minuciosa de la IA. Es importante recalcar que los contextos de análisis fueron similares en ambas muestras.

Tabla 4

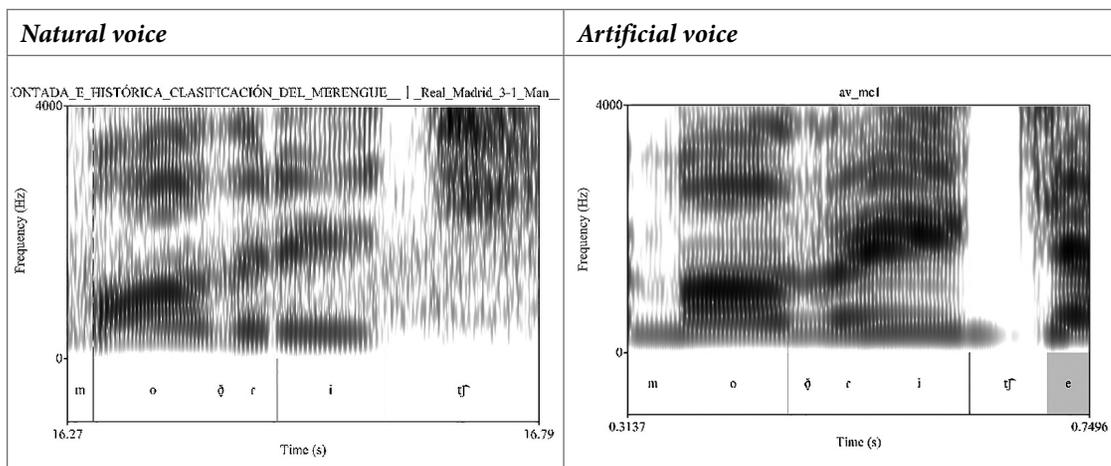
Tabla de comparación de procesos fonéticos de las muestras

	NV	AV
	Producción sin epéntesis	Epéntesis después de la africada palatal a final de palabra
(1)	7.63 – 8.08 Modrich [moðritʃ̃]	0.31 – 0.74 Modrich [moðritʃ̃e]
	16.26 – 16.84 Modrich [moðritʃ̃]	15.10 – 15.80 Modrich [moðritʃ̃e]
	Producción sin elisión	Elisión en la secuencia vocálica -ao a final de palabra
(2)	16.70 – 17.44 Militao [militao]	3.10 – 4.37 Militao [milito:]
	46.52 – 47.06 Militao [militao]	9.47 – 10.70 Militao [milito:]
	Producción palatal de la nasal palatal	Producción alveolar de la nasal palatal
(3)	121.25 – 121.61 señoras [sejoras]	5.94 – 6.45 señoras [senoras]
	Producción múltiple de la vibrante múltiple	Producción aproximante de la vibrante múltiple
(4)	36.09 - 36.51 Torre [tore]	52.20 - 52.73 Torre [toe]
	108.25 - 108.80 remate [remate]	31.81-32.22 remate [ɾemate]
	La entonación tiene un rango variable en el alargamiento vocálico	La entonación tiene un rango estático en el alargamiento vocálico
(5)	74.69 – 77.71 señoras y señores, va contra Carlos Vio:	0.03 – 3.02 señoras y señores, va contra Carlos Vio:
	258.66 – 259.92 va a sacar Ederson	0.02 – 1.37 va a sacar Ederson

El primer proceso fonético (1) es un caso de epéntesis después de la africada palatal a final de palabra. Como se observa en la tabla 5, en la muestra artificial se produce la inserción de la vocal [e] a final de palabra en *Modrić*, mientras que en la muestra natural la producción se realiza sin ese proceso.

Tabla 5

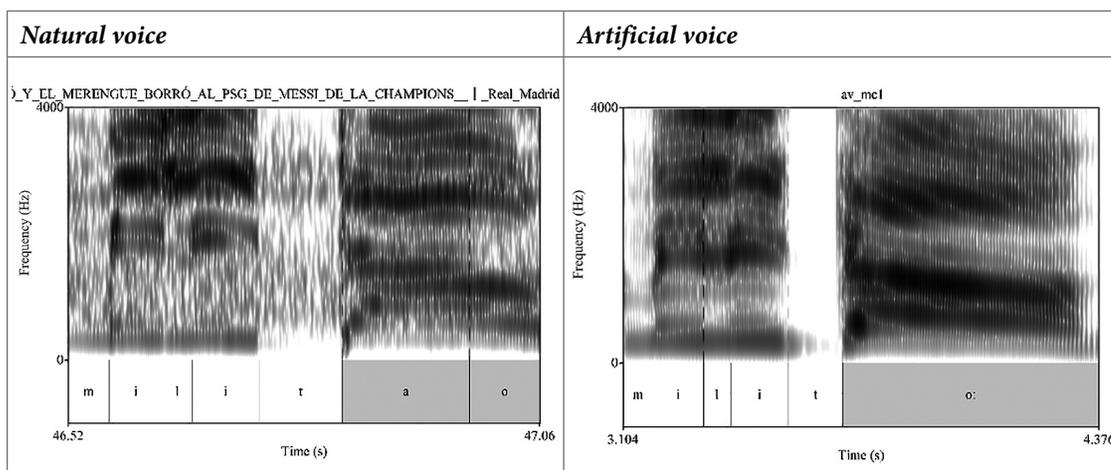
Tabla de rasgo (1)



Por su lado, en la tabla 6, se observa un proceso de elisión en la secuencia vocálica -ao a final de palabra. Se aprecia que en la muestra artificial hay una caída de la vocal [a], no obstante, la duración no parece ser afectada porque la vocal dura alrededor de 36 ms.

Tabla 6

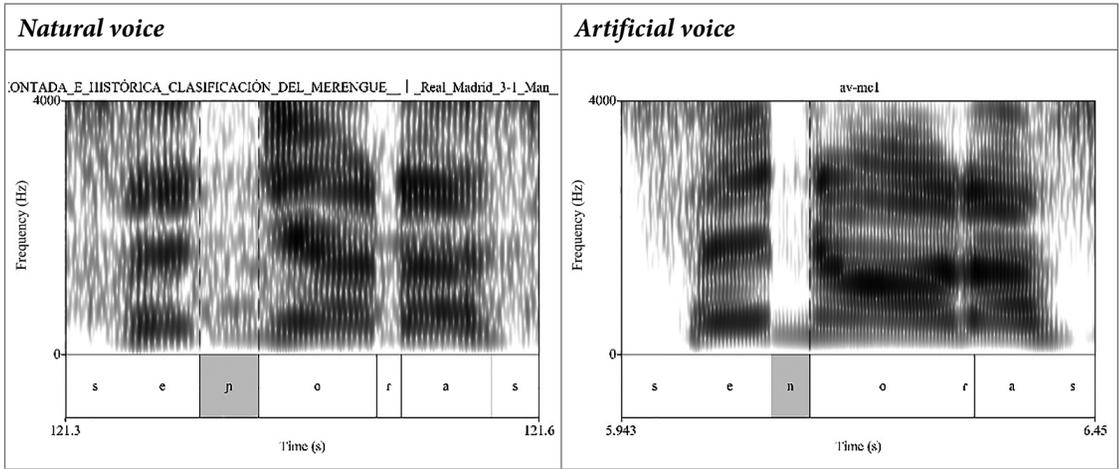
Tabla de rasgo (2)



El tercer proceso (3) está ligado al segmento nasal palatal, al parecer FakeYou —en algunos contextos— genera una nasal alveolar en lugar de una nasal palatal.

Tabla 7

Tabla de rasgo (3)



El cuarto proceso (4) se relaciona con la producción de la vibrante múltiple /r/. En la tabla 8, se aprecia que la variación idiolectal de la vibrante múltiple es bastante amplia en la muestra natural, mientras que en la muestra artificial la variación es mucho menor. De esta forma, en la muestra natural se ha reportado ocho variantes que se diferencian por el número de componentes, se ha reportado vibrantes múltiples desde los dos hasta los nueve componentes. Por el lado de la muestra artificial, se ha reportado únicamente tres variantes que van desde un componente hasta tres componentes. Además, se ha observado que la variante de un componente (aproximante) representa casi el 80 % de los ejemplos en la muestra artificial, mientras que en la muestra natural dicha variante no aparece y, asimismo, tampoco hay una variante que represente la mayoría de casos. En la muestra natural, se puede resaltar las variantes de cinco y siete componentes (5C y 7C) con un porcentaje de casos del 37 % y 26 % respectivamente, las otras seis variantes se distribuyen de forma más uniforme.

Tabla 8

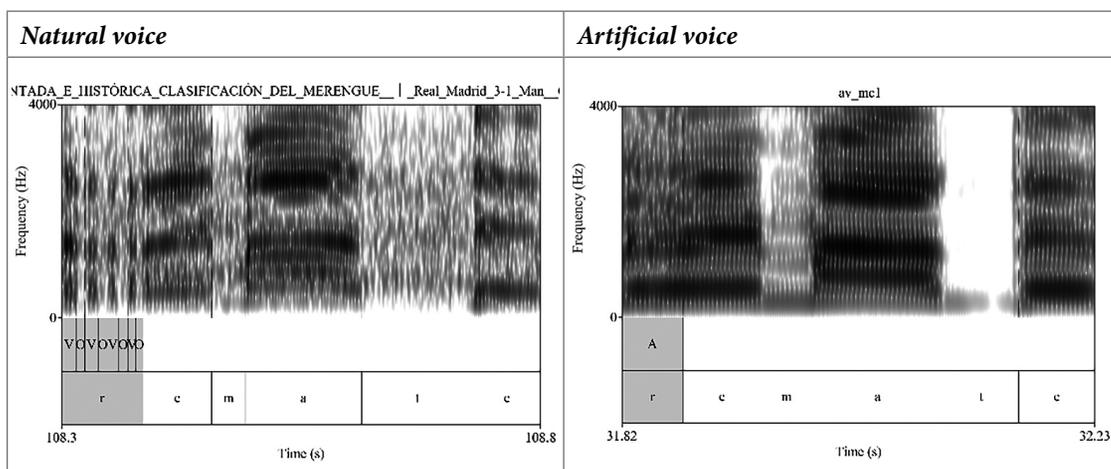
Distribución de la vibrante múltiple /r/ en las muestras

<i>Natural voice</i>			<i>Artificial voice</i>		
Número de componentes	Frecuencia de aparición	Porcentaje	Número de componentes	Frecuencia de aparición	Porcentaje
1C	0	0%	1C	21	78%
2C	1	4%	2C	2	7%
3C	2	7%	3C	4	15%
4C	2	7%	Total	27	
5C	10	37%			
6C	3	11%			
7C	7	26%			
8C	1	4%			
9C	1	4%			
Total	27				

En la tabla 9, se observa el contraste entre ambas muestras, en la muestra natural se reporta la variante múltiple de ocho componentes —entre elementos vocálicos (V) y oclusiones (O)—, mientras que en la muestra artificial se presenta la variante de un componente —de tipo aproximante—, esta última se caracteriza por poseer una estructura formántica similar a la de una vocal.

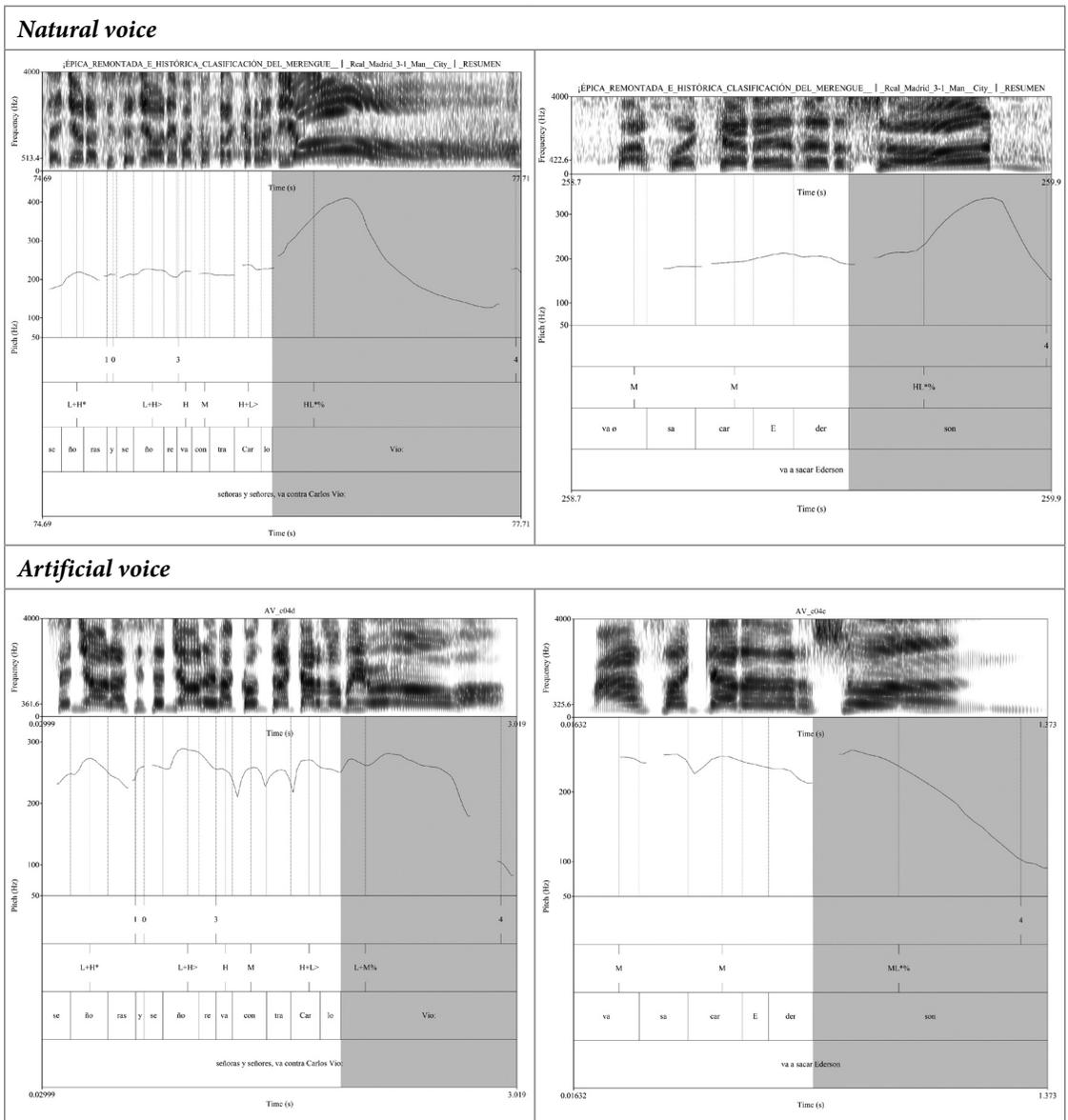
Tabla 9

Tabla de rasgo (4)



El quinto proceso (5) de la tabla 9 se relaciona con la entonación. Se puede apreciar que, en la voz natural, la entonación de la vocal alargada a final de palabra tiene una curvatura que asciende al inicio y desciende al final; mientras que en la muestra artificial, la entonación es descendente. Asimismo, se observa que el rango entonativo del Pitch es totalmente distinto en ambas muestras.

Tabla 10
Tabla de rasgo (5)



Como se ha podido observar, se ha reportado procesos fonéticos (que se relacionan con algunas deficiencias del convertidor a texto FakeYou) que pueden ser sencillamente solucionados con una programación más minuciosa de la IA. Asimismo, se reportaron procesos más interesantes —para los fines del presente estudio—: el análisis de la vibrante múltiple /r/ mostró que la variación idiolectal es mucho más rica en la voz natural que en la voz artificial y el análisis de la entonación permitió encontrar patrones divergentes para las muestras.

5. CONCLUSIONES

Los métodos usados en el análisis de las muestras presentan resultados distintos. En primer lugar, los resultados de la comparación automática indican que la voz natural y la voz artificial de Mariano Closs (proveniente del sitio web FakeYou) pertenecen al mismo locutor, esto se aprecia al observar los valores del *likelihood ratio* (LR). No obstante, en SIS II, se pudo observar que mientras los valores eran altos para los parámetros de estructura formántica y GMM, eran bajos para el *pitch*. Puede haber distintos factores que afecten este parámetro, por lo que este resultado puede ser un indicio para hacer hincapié en dicho parámetro cuando se comparen muestras artificiales con muestras naturales. En segundo lugar, en el análisis fonético, se encontraron procesos que reflejaban desperfectos de la voz artificial de Mariano Closs (estos pueden ser subsanados con una programación más exhaustiva del convertidor de texto en habla). Asimismo, el análisis de la vibrante múltiple /r/ permitió observar que la variación idiolectal es más rica en la voz natural que en la voz artificial; por su lado, el análisis de la entonación mostró disimilitudes entre las muestras. Es así que se puede concluir que para el análisis de una voz artificial, el análisis fonético —y de forma más amplia el lingüístico— es sumamente importante porque da cuenta de características que pueden ayudar a diferenciar la voz natural de la voz artificial, a su vez que muestra la precisión con la que la inteligencia artificial replica los sonidos y los patrones suprasegmentales del hablante.

También es importante señalar que este estudio es de tipo exploratorio y que el análisis estuvo sujeto a las limitaciones que planteaba la naturaleza de las muestras de voz, por lo tanto, los resultados deben tomarse en cuenta con cautela. No obstante, la presente investigación significa un aporte al campo de la fonética forense porque plantea un antecedente metodológico para los especialistas que en algún momento pueden analizar casos como el planteado en este estudio. Además, el estudio también representa un aporte al campo judicial porque expone de forma clara (para profesionales del derecho, abogados y fiscales) la relevancia de la lingüística en la administración de justicia. Es así que se ha podido observar que la metodología empleada se lleva a cabo de manera rigurosa y sistemática, utilizando criterios técnicos con aceptación de la comunidad científica, lo que implica que la evidencia lingüística puede contribuir en el apoyo de la resolución de disputas judiciales.

Finalmente, a medida que el desarrollo de la IA avanza y se crean nuevos algoritmos y modelos de aprendizaje, es probable que las voces generadas artificialmente mejoren su calidad y similitud con las voces humanas. Por ende, la clonación de voz mediante inteligencia artificial plantea preocupaciones éticas y de seguridad; para mitigar estos riesgos, se debe establecer regulaciones, sistemas de autenticación de voz y marcas de agua auditivas. Asimismo, la conciencia pública y la educación son esenciales para prevenir la manipulación de información; por su lado, las empresas también deben ser responsables y transparentes para así promover un uso ético de los nuevos avances que se desarrollan en el marco de la inteligencia artificial.

REFERENCIAS

- Boersma, P. y Weenink, D. (2023). *Praat: Doing Phonetics by Computer* (Versión 6.3.14) [Programa de computadora]. <https://www.fon.hum.uva.nl/praat/>
- Bonafonte, A. (1997). Tecnologías del habla: conversión de texto a voz. *Buran*, (9), 68-72. <https://core.ac.uk/reader/39120110>

- Cortez, A., Vega, H. y Pariona, J. (2009). Procesamiento del lenguaje natural. *Revista de Ingeniería de Sistemas e Informática*, 6(2), 45-54. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sistem/article/view/5923/5121>
- Echelon (s. f.). FakeYou. Deep Fake Text to Speech. <https://fakeyou.com/>
- ESPN Fans (2022a). ¡Benzema brilló y el merengue borró al PSG de Messi de la Champions! | Real Madrid 3-1 PSG | Resumen [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=4jK2vjqcO5o>
- ESPN Fans (2022b). ¡Épica remontada e histórica clasificación del merengue! | Real Madrid 3-1 Man. City | Resumen [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=lme15YYJUtQ>
- Fernández, A. M. (2007). ¿Para qué sirve la fonética? *Onomázen*, (15), 39-51. <https://doi.org/10.7764/onomazein.15.02>
- Garayzábal, E., Queralt, S. y Reigosa, M. (2019). *Fundamentos de la lingüística forense*. Síntesis.
- Gold, E. y French, P. (2011). International Practices in Forensic Speaker Comparison. *International Journal of Speech, Language and the Law*, 18(2), 293-307. <https://doi.org/10.1558/ijssl.v18i2.293>
- Jimenez, J., Torres, F. y Cueva, O. (2022). Identificación de locutor a partir de la fonética forense: aplicación del software SplitsTree4 para una organización esquemática de los datos lingüísticos. *Boletín de la Academia Peruana de la Lengua*, 71(71), 431-461. <https://doi.org/10.46744/bapl.202201.014>
- Lazo, V. (2023). La adecuación de la muestra indubitada en la comparación forense de voz. *Escritura y Pensamiento*, 22(47), 179-205. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/letras/article/view/25814/19896>
- Lazo, V. y Rivas, G. (2022) La relación entre el extorsionador y la víctima en un caso de extorsión: una aproximación desde el análisis de la conversación. *Lengua y Sociedad*, 21(2), 373-400. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/lenguaysociedad/article/view/22535/18891>

- Llisterri, J., Carbó, C., Machuca, M. J., Mota, C. de la, Riera, M. y Ríos, A. (2004). La conversión de texto en habla: aspectos lingüísticos. En M. Martí y J. Llisterri (eds.), *Tecnologías del texto y del habla* (pp. 145-186). Edicions de la Universitat de Barcelona – Fundación.
- Machuca, M., Ríos, A. y Llisterri, J. (2014). Conocimiento fonético y fonética judicial. *Quaderns de Filologia: Estudis Lingüístics*, 19, 95-111. <https://ojs.uv.es/index.php/qfilologia/article/view/5188/4989>
- Mena, J. y Rojas, J. (2021). *Estado del arte del reconocimiento de voz artificial*. [Tesis para optar el título de ingeniero de sistemas y computación, Universidad Tecnológica de Pereira]. <https://repositorio.utp.edu.co/server/api/core/bitstreams/a39928f4-b645-46a8-999d-54ba71ae00fd/content>
- Morrison, G. (2011). La comparación forense de la voz y el cambio de paradigma (C. Curiá, trad.). *Estudios Fónicos/Cuadernos de Trabajo*, (1), 1-38. (Obra original publicada en 2009)
- Muñoz, R. (2020). *TgDraw* [Praat *plug-in*] (versión 0.3) [Software]. https://rolandomunoz.github.io/praat_tools/tg_draw.html
- Olsson, J. (2008). *Forensic Linguistics* (2.^a ed.). Continuum.
- Peña, J. (2022). Inteligencia artificial para la seguridad jurídica. Superando el problema de la cognoscibilidad del derecho. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(17), 55-117. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/568/754>
- Ramírez, S. (2023, 9 de septiembre). Clonan voces de personas con IA para estafar o fingir secuestros: al menos 55 casos en el Perú. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/clonacion-de-voz-para-estafar-con-inteligencia-artificial-como-funciona-esta-modalidad-y-que-recomendaciones-seguir-inseguridad-deepfake-ciberdelincuencia-hackers-secuestros-noticia/?ref=ecr>
- Rosas, C., Sommerhoff, J., Sáez, C. y Saavedra, S. (2011). Comparación de voz bajo el cociente de probabilidad en el caso de Luis Tralcal. *Revista de Lingüística Teórica y Aplicada*, 52(1), 13-33. https://www.scielo.cl/pdf/rla/v52n1/art_02.pdf

San Segundo, E. (2022). *How deepfake is your voice? Understanding the linguistic foundations of deepfakes*. Github. <https://eugeniasansegundo.github.io/project/deepfakes/>

Speech Techonology Center. (2015). SIS II (versión 2.6.357) [Software Trial]. <https://es.speechpro.com/product/analisis/ikarlab#tab3>

Torres, F. (2023). *Identificación de locutor en el marco de la fonética forense en el Perú*. [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Univaso, P. (2016). *Identificación forense de hablantes: un tutorial*. https://www.researchgate.net/publication/303639465_Univaso_Tutorial_Identificacion_Forense_de_Hablantes_2016_2

Univaso, P., Gurlekian, J., Martínez Soler, M. y Stalker, G. (2020). FORENSIA: un sistema de identificación forense por voz. *Anales de SID 2020. Simposio Argentino de Informática y Derecho (JAIIO)*, 116-130.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Jhon Jimenez Peña: análisis e interpretación de datos, concepción y diseño del trabajo, redacción y revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará. Responsabilidad en la supervisión y el liderazgo para la planificación y la ejecución de la actividad de investigación, incluyendo las tutorías externas.

Fernando Aaron Torres Castillo: análisis e interpretación de datos, concepción y diseño del trabajo, redacción y revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará. Verificación, ya sea como parte de la actividad o por separado, de la replicación/reproducibilidad general de los resultados/experimentos y otros resultados de investigación.

Oscar Esaul Cueva Sanchez: análisis e interpretación de datos, concepción y diseño del trabajo, redacción y revisión crítica; aprobación final de la versión que se publicará. Preparación, creación y/o presentación del trabajo publicado, específicamente, la visualización/presentación de datos.

Agradecimientos

Agradecemos a los revisores de la *Revista Oficial del Poder Judicial* por sus comentarios sustanciales al estudio. También a Akuma por sus atinados comentarios al conversar sobre el tema.

Biografía de los autores

JHON JIMENEZ PEÑA

Es licenciado en Lingüística por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Sus intereses están centrados en la fonética y la fonología de las lenguas originarias del Perú, con especial atención a la lengua arabela. Ha sido consultor en el Ministerio de Educación para la elaboración de fonologías que se han empleado en los procesos de normalización de alfabetos del arabela, el ocaina y el taushiro. También ha sido docente de los cursos de Fonología y Fonología Avanzada en el Curso Internacional de Lingüística, Traducción y Alfabetización (CILTA) del Instituto Lingüístico de Verano en los años 2018 a 2023, que se imparte en la Universidad Ricardo Palma. Además, ha sido expositor para el primer «Curso-Taller de fonética forense» organizado por el CILA-UNMSM. Es miembro del grupo de investigación Dolenper: Documentación lingüística de lenguas amenazadas en el Perú (CILA-UNMSM). Actualmente, labora como perito lingüista forense en la Oficina de Peritajes del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación y es miembro del Gabinete de Lingüística Forense del CILA-UNMSM.

FERNANDO AARON TORRES CASTILLO

Es licenciado en Lingüística por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), maestro en Lingüística por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Sus intereses giran en torno al estudio de lenguas amerindias, entre ellas las familias quechua y arawak. Actualmente labora como lingüista forense en la Oficina de Peritajes del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación. Asimismo, es miembro adherente del grupo de investigación Kawsasun: Investigación intercultural para la formación docente y enseñanza de lenguas, del Instituto de Investigación de Lingüística Aplicada (CILA). También está adscrito como miembro del Gabinete de Lingüística Forense de la UNMSM.

OSCAR ESAUL CUEVA SANCHEZ

Es licenciado en Lingüística por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Sus intereses giran en torno a las áreas de fonética y fonología con especial atención al campo de la fonética acústica. Asimismo, es miembro del Gabinete de Lingüística Forense del Instituto de Investigación de Lingüística Aplicada (CILA).

Correspondencia

fernando.torresc@pucp.edu.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 83-115

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.811

La eficiencia policial en el combate de la criminalidad en Perú: reflexiones desde el análisis económico del derecho

Police efficiency in the fight against crime in Peru: reflections from the economic analysis of law

Eficiência policial no combate ao crime no Peru: reflexões a partir da análise econômica do direito

NICOLÁS BALDINO MAYER

Universidad de Buenos Aires

(Buenos Aires, Argentina)

<https://orcid.org/0000-0002-8995-119X>

Contacto: nbaldino@derecho.uba.ar

DAVID GUSTAVO ROMERO BASURCO

Universidad de Buenos Aires

(Buenos Aires, Argentina)

<https://orcid.org/0000-0003-4837-1188>

Contacto: dgromerobasurco@derecho.uba.ar

RESUMEN

El presente artículo se desarrolla debido a la grave situación que atraviesa el Perú en la lucha contra la delincuencia, lo que hace necesario establecer políticas públicas eficientes que involucren a las diferentes instituciones responsables, tanto para la prevención del delito como para su sanción efectiva. Al respecto, las fuerzas de seguridad interna tienen una participación activa que puede incidir directamente sobre la tasa de criminalidad. Para tal efecto, haciendo uso de los conceptos que

ofrece el análisis económico del derecho y la teoría de la elección racional, describiremos cómo debería responder el potencial delincuente bajo determinados supuestos y utilizaremos los resultados de investigaciones realizadas en otros países para identificar las medidas que incidieron de manera más efectiva en la reducción de la criminalidad, y cómo dichas medidas podrían ser extrapoladas a la realidad peruana.

Palabras clave: efectividad policial; tasa de criminalidad; elección racional; comportamiento delictivo; prevención del delito.

Términos de indización: policía; delincuencia; delito; prevención del crimen (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The present article is developed due to the serious situation that Peru is facing in the fight against crime, which makes it necessary to establish efficient public policies involving the different responsible institutions, for both: the prevention of crime and its effective sanction. In this regard, the internal security forces have an active participation that can directly influence the crime rate. For this purpose, using the concepts offered by the economic analysis of the law and rational choice theory, we will describe how the potential criminal should respond under certain assumptions and we will use the results of research conducted in other countries to identify the measures that had the most effective impact on crime reduction and how these measures could be extrapolated to the Peruvian reality.

Key words: police effectiveness; crime rates; rational choice; criminal behavior; crime prevention.

Indexing terms: police; delinquency; crime; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O presente artigo é desenvolvido devido à grave situação que o Peru enfrenta na luta contra o crime, o que torna necessário estabelecer políticas públicas eficientes que envolvam as diferentes instituições

responsáveis, tanto para a prevenção do crime quanto para a sua punição efetiva. Nesse sentido, as forças de segurança interna têm uma participação ativa que pode afetar diretamente na taxa de criminalidade. Para esse fim, fazendo uso dos conceitos oferecidos pela análise econômica do Direito e pela teoria da escolha racional, descreveremos como o potencial criminoso deve responder sob certas suposições e usaremos os resultados de pesquisas realizadas em outros países para identificar as medidas que afetaram mais efetivamente a redução do crime e como essas medidas poderiam ser extrapoladas para a realidade peruana.

Palavras chave: eficácia da polícia; taxa de criminalidade; escolha racional; comportamento criminoso; prevenção do crime.

Termos de indexação: polícia; criminalidade; crime; prevenção de crimes (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 22/7/2023

Revisado: 14/8/2023

Aceptado: 7/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

La inseguridad ciudadana en el Perú generada por el aumento masivo de la delincuencia se ha convertido en un verdadero flagelo social. Esta situación se ha venido intensificando en las últimas dos décadas, y ha llegado a ser considerada como el principal problema del país, tal como lo demuestra la XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú, elaborada por Ipsos (2022, p. 13), por encargo de Proética, en la que se hace una línea comparativa de los tres principales problemas identificados por los encuestados desde el año 2008 al 2022. Los datos revelaron que para el 2022 la delincuencia y la corrupción constituyeron los principales problemas elegidos por un 60 % y un 57 % de los encuestados. Asimismo, resulta interesante notar que en el año 2008, los principales problemas identificados por la sociedad fueron el

desempleo y la inflación/aumento de precios, que por entonces obtuvieron un 46 % y 43 % respectivamente, mientras que la delincuencia fue considerada un grave problema tan solo por un 36 % de los encuestados.

Otro reciente estudio publicado por Ipsos (2023, p. 3), referido a las miradas sobre el crimen y las fuerzas de seguridad en veintinueve países, también aborda el caso peruano y ante la pregunta de si en los últimos doce meses la delincuencia o la violencia en su vecindario había aumentado, disminuido o se había mantenido casi igual que el año anterior, los resultados arrojaron que el 64 % de encuestados consideró que había aumentado, el 28 % que había permanecido casi igual, el 3 % señaló que no sabía y únicamente el 6 % consideró que había disminuido. Los datos expuestos corroboran la elevada percepción de inseguridad por parte de la ciudadanía.

Frente a esta problemática, principalmente relacionada con los delitos contra el patrimonio en las modalidades de hurto y robo (con sus agravantes), es habitual que tanto los legisladores como diversos sectores sociales reclamen el endurecimiento de las penas como la mejor solución, y se llega al extremo de plantear la aplicación de la pena de muerte. Sin embargo, puede ocurrir que, en lugar de disuadir el comportamiento criminal, estando en un escenario en el cual de ser atrapados no tengan nada más que perder, se generen incentivos perversos para que los delincuentes adopten conductas más temerarias y agresivas. De ahí la importancia de analizar las consecuencias de una norma bajo todas las aristas posibles.

Tal como demostraremos por medio de la visión que ofrece el análisis económico del derecho, la solución no necesariamente pasa por aumentar el *quantum* de las penas, más aún si las instituciones responsables de prevenir y sancionar el delito no funcionan debidamente y la probabilidad de atrapar al delincuente resulta escasa.

El problema hasta aquí planteado nos invita a centrarnos en el comportamiento de dos de los principales agentes involucrados, el personal policial y los potenciales delincuentes, con el objetivo de determinar cuál enfoque sobre la organización policial puede resultar más efectivo para combatir la criminalidad.

Iniciaremos el trabajo desarrollando los conceptos básicos en torno a la economía del crimen, para posteriormente explicar las conclusiones de diversos estudios empíricos que analizan la incidencia de la policía sobre la tasa de criminalidad, ello resulta necesario teniendo en cuenta que vivimos en un contexto de serias críticas, desconfianza y desaprobación social respecto de dicha institución.

El análisis económico puede ofrecer herramientas valiosas para evaluar qué medidas resultan más eficientes y maximizan el bienestar de la sociedad. Evidentemente, si se quisiera hacer un análisis más exhaustivo, se tendría que considerar al resto de agentes y variables intervinientes, como por ejemplo, el Ministerio Público, los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como la sociedad civil. Sin embargo, ello demandaría una mayor extensión que bien puede ser contemplada para posteriores artículos, puesto que el presente busca centrarse únicamente en la actuación de la policía, a la que también puede asimilarse el personal de seguridad ciudadana en lo concerniente a las actividades de prevención del delito, patrullaje y monitoreo de la ciudad.

2. ALGUNOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA ECONOMÍA

Los postulados de la economía constituyen herramientas útiles para explicar y predecir el comportamiento humano, el actuar delictivo no es ajeno a sus premisas. Para tal efecto, en primer lugar, mencionaremos tres de los diez principios básicos de la economía descritos por el economista Mankiw (2012, pp. 3-16) y a los cuales se adhieren la mayor parte de las escuelas del pensamiento económico.

2.1. Las personas enfrentan disyuntivas

A lo largo de la vida y debido a la escasez producida por los deseos ilimitados del hombre dentro de un mundo con recursos limitados, los individuos nos vemos obligados a tomar decisiones difíciles y elegir determinados bienes y cursos de acción en lugar de otros para la satisfacción de nuestras necesidades. Así, por ejemplo, una persona debe elegir entre generar sus ingresos realizando actividades lícitas o ilícitas, y de optar por las segundas, deberá seleccionar sus objetivos o víctimas; los

medios, las técnicas o las herramientas que utilizará; decidir si operará de manera individual o colectiva; y en caso terminase condenado, una vez cumplida su pena, elegir entre abandonar la vida criminal o reincidir en su conducta delictiva.

2.2. El costo de un bien es aquello a lo que se renuncia para obtenerlo

Un individuo racional, al enfrentar constantes disyuntivas, realiza un análisis de costo-beneficio de las posibles acciones que puede tomar, es así que llamaremos «costo de oportunidad» de un bien a aquello a lo que debemos renunciar para conseguirlo. Un ejemplo del costo de oportunidad que asume un delincuente sería el tiempo y los recursos invertidos en actividades criminales en lugar de dedicarse a actividades lícitas y productivas; vale decir, el costo de oportunidad consistirá en la renuncia al potencial ingreso que podría obtener trabajando legalmente.

2.3. Las personas responden a los incentivos

Un incentivo es aquello que motiva a una persona a elegir un plan de acción sobre otro. Los incentivos están dados por las ganancias y las pérdidas. Es importante destacar que estos principios se basan en la premisa de que los individuos racionales priorizan los bienes (aquello que les brinda felicidad) sobre los males, y que la opción óptima para un individuo racional frente a un mal es simple: maximizará su utilidad a medida que disminuya el consumo de ese mal. Dentro de nuestro análisis, un ejemplo de incentivo positivo para que una persona cometa un delito de corrupción o contra el patrimonio estaría dado por una ganancia económica rápida y aparentemente fácil (buscará aumentar el consumo de este bien) y un ejemplo de incentivo negativo sería la pena con la que se sancione el delito (buscará reducir el consumo de este mal).

3. LA ECONOMÍA DEL CRIMEN

La economía del crimen se circunscribe al análisis de la efectividad de las políticas públicas sobre la tasa de criminalidad, dentro de la teoría de la elección racional y desde una perspectiva económica. El presupuesto

base, de la mano con los principios descritos, es que los individuos hacen cálculos de los costos y los beneficios de los distintos cursos de acción, en donde el delito es uno de ellos. Según Silva (2011, p. 298), la racionalidad implica que el agente realice un cálculo comparativo entre los riesgos y los beneficios del delito. El delincuente analizaría si le es conveniente cometer un delito, según las ganancias que este obtendría por la actividad delictiva, respecto de realizar otra actividad legal (Wilson y Herrnstein, 1985, p. 359). En otras palabras, el delincuente debe considerar la probabilidad de ser atrapado, procesado y condenado, así como las consecuencias penales que esto implicaría, y sopesarlas con las ganancias potenciales que espera obtener de su actividad delictiva.

En este punto, resulta casi obligatorio citar al padre de la economía del crimen, Gary Becker. Sin embargo, es importante destacar que el premio nobel de economía no fue el primero que nos aproximó a una explicación economicista acerca de las penas y el comportamiento criminal. Ya desde el *Tratado sobre los delitos y las penas* de Beccaria (1764/1822) y el escrito *Introducción a los principios de la moral y la legislación* de Bentham (1789/2008) encontramos la idea de un comportamiento racional por parte de los potenciales delincuentes que, a través de un análisis costo-beneficio, evalúan la conveniencia de cometer un crimen o no.

Becker (1974) será el primero en sistematizar y formalizar todas estas ideas, y las adaptará al desarrollo de la microeconomía moderna. Utilizando el modelo de elección racional, los individuos observarán las pérdidas y las ganancias de adoptar un comportamiento criminal. El hombre mantendrá un comportamiento criminal siempre y cuando la utilidad por la comisión del delito supere a la que le reporta la utilidad por llevar adelante la actividad legal. En dicho sentido:

$$EU = p [U (Y - f)] + (1 - p) U (Y)$$

$$\text{con: } 0 < p < 1$$

$$EU(L) = U (w)$$

En donde «EU» es la utilidad esperada de cometer un delito; «p» representa la probabilidad de padecer una pena, por lo que «1 - p» será la probabilidad evaluada por el potencial criminal de librarse del castigo;

«Y» representará la ganancia percibida por el delito; y «f» representará la pena por el delito cometido. De modo que la utilidad esperada por cometer un delito es igual al beneficio total del delito (ganancias menos costos) multiplicado por la probabilidad de ser atrapado, más la utilidad que le reportaría la ganancia percibida por el delito multiplicada por la probabilidad de librarse de las consecuencias penales.

Al ser la utilidad esperada por la actividad legal (L) igual a la utilidad que le reportará el salario que percibirá, tendremos que el individuo estará incentivado a elegir la opción criminal cuando:

$$p [U (Y - f)] + (1 - p) U (Y) > U (w)$$

con: $0 < p < 1$

Notemos que las personas responderán a cambios en: el salario legal (que representará un costo de oportunidad); la ganancia por el delito (Y); la probabilidad de ser arrestado y condenado, y la probabilidad de ser ejecutada la pena (p); y la severidad de la pena (f), que representa el costo de la actividad delictiva.

Si bien las personas no responden desde un análisis de costo-beneficio ante cualquier situación, y cuando lo hacen no se motivan únicamente en las ganancias y las pérdidas del delito, pueden adicionarse otros factores dentro del análisis. De este modo, las personas más moralistas reportarán una menor utilidad por la actividad delictiva. A su vez, las personas pueden tener distintas percepciones ante los riesgos de que una pena sea aplicada efectivamente (actitud frente al riesgo¹). Esto puede variar según un sinfín de factores.

1 Acciari (2015, pp. 98-ss.) plantea que en relación con la propensión al riesgo, las personas pueden clasificarse como amantes, neutrales o adversas al riesgo, según su actitud hacia el valor esperado, es decir, lo que obtendrán materialmente (aspecto objetivo) y la utilidad esperada (aspecto subjetivo). En términos simples, las personas amantes del riesgo son aquellas que experimentan mayor satisfacción al enfrentar situaciones arriesgadas, por ejemplo, aquel que roba en las calles porque disfruta de la adrenalina y el peligro de la situación. Las personas neutrales al riesgo, en cambio, son indiferentes ante las distintas circunstancias y toman decisiones basadas únicamente en el valor esperado (análisis costo-beneficio

Por todo ello, el marco explicativo que nos provee el modelo de elección racional puede parecer demasiado simplista y poco realista. Pero pueden adicionarse otros factores que consideremos relevantes y estudiar su incidencia sobre el crimen. En este sentido, el modelo propuesto por Becker ha sido muy exitoso como punto de partida para estudiar las diversas variables que pueden llegar a incidir sobre el comportamiento criminal.

A modo de resumen, podemos decir que en la teoría económica del delito existen principalmente dos variables que, *ceteris paribus*², inciden sobre la cantidad de delitos cometidos en una sociedad:

- Un aumento del castigo provocaría una disminución significativa de la cantidad de delitos cometidos. En términos técnicos, la hipótesis sostiene que la oferta del delito es elástica respecto del castigo (Cooter y Ulen, 1998, p. 585).
- Una variación de la certeza de castigo puede incidir sobre la comisión del delito más que el castigo en sí mismo, dado que los agentes económicos pueden ser adversos al riesgo.

Ambas variables, tanto el castigo como la probabilidad de ocurrencia del castigo, aumentan la pena esperada para el potencial delincuente, lo que constituirá un incentivo para que este no emprenda una actividad delictual.

Bajo esta premisa, desde la teoría de la elección racional, un mayor número de policías debería llevar a una menor cantidad de delitos (al aumentar la probabilidad de ser atrapado, la actividad delictiva que emprende el potencial delincuente se ve encarecida). Sin embargo, una investigación empírica, para corroborar la hipótesis de Gary Becker,

del hombre racional promedio). Por último, las personas adversas al riesgo son aquellas que evitan cualquier tipo de riesgo y necesitan una alta certidumbre sobre los resultados de sus acciones, estos, por ejemplo, cometerán un delito si y solo si las probabilidades de ser atrapados, procesados y condenados resultan muy remotas.

2 Expresión del latín utilizada en economía para hacer referencia a la necesidad de, al analizar la relación entre determinadas variables, mantener el resto de ellas constantes.

acerca del efecto de la policía en la criminalidad no resulta tan fácil de realizar. La principal complejidad que se presenta será la de mitigar el problema de selección. Cuando las fuerzas policiales deciden realizar un operativo en determinada zona, se confunde el efecto que puede tener el operativo policial sobre dicha zona con el efecto que tienen las características propias del lugar y que en principio pudieron motivar la decisión de realizar dicho operativo; así como muchas otras complicaciones.

Los economistas han buscado distintas maneras de sortear estas complicaciones. En definitiva, se han valido de cuasiexperimentos en donde la decisión de aumentar la presencia policial no dependa de la tendencia delictiva de la zona. Sin embargo, los hallazgos que se puedan realizar acerca de estos estudios serán perfectamente válidos para el entorno de investigación para el cual se desarrolla el estudio, y no siempre es pertinente la generalización a otras poblaciones.

4. PROBLEMÁTICA INTERNA DE LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS

Dentro de las políticas públicas, las de seguridad son aquellas en donde la sociedad coloca una mayor esperanza en cuanto a su efectividad para conseguir una mayor reducción de la criminalidad. Sin embargo, esta expectativa puede que no siempre se cumpla. En ocasiones, es probable que las medidas para prevenir la comisión de delitos funcionen de alguna manera, aunque pueda resultar incierto qué tan eficaces lleguen a resultar. Por otra parte, no será lo mismo invertir en cualquier medida de seguridad (algunas pueden resultar más eficaces que otras y algunas por sí solas pueden resultar del todo estériles). Cuánto disminuye la comisión de delitos por cada medida de prevención del crimen, resulta una incógnita de imposible respuesta. Sin embargo, ello no puede persuadirnos a dejar de buscar respuestas que nos provean de mejor información a la hora de encarar una política de prevención relacionada con mayor inversión en seguridad. Solo a través de dicho estudio podremos encarar una eficiente reasignación de recursos de modo que las medidas que se adopten para la prevención del crimen reporten la mayor cantidad de «ganancia» posible.

En cuanto a políticas de seguridad, las mayores dificultades en la asignación de recursos para cada medida se relacionarán con:

- **La multicausalidad del crimen:** evaluar cuáles serían las políticas de prevención más eficaces para la reducción de determinado delito se complejiza si tenemos en consideración que cada delito responde a una variedad muy vasta de causales, de manera que no siempre resulta claro qué medidas ayudan a prevenir ciertos delitos. De este modo, por ejemplo, puede resultar muy complejo definir todos los mecanismos para disminuir la cantidad de consumo de estupefacientes (una primera aproximación por medio de la intuición puede sugerirnos que existen varios factores de índole económico, social, educativo, publicitario, etc., que determinan dicho comportamiento, y resultará difícil definir la incidencia de cada uno).
- **La multidimensionalidad del crimen:** los hechos delictivos tienen múltiples consecuencias que, contrastadas unas con otras, resultaría muy difícil encarar la evaluación acerca de la eficiencia en la asignación de los recursos de prevención; en otras palabras, evaluar cómo una asignación respecto a la prevención de determinado delito puede impactar respecto a un costo de oportunidad de disminución de otro. De este modo, si por ejemplo asignamos determinada cantidad de recursos en asistencia económica a las mujeres que atraviesan un embarazo no deseado para persuadirlas de no abortar y disminuye la cantidad de abortos en un 15%; mientras que si utilizásemos esos mismos recursos para aumentar el número de controles de tránsito, disminuiría la cantidad de accidentes en un 10%, no queda claro cómo debemos comparar ambos resultados.
- **Interdependencia entre las medidas:** determinadas medidas de prevención pueden estar relacionadas entre sí. Por ejemplo, el asignar mayor presupuesto en agentes de seguridad para detener a más personas puede generar un exceso de gente en las carceletas de las comisarías que supere la capacidad física y logística en el marco inicial de la investigación penal.

Estas problemáticas también pueden llegar a afectar la validez de los estudios. Por otra parte, en ocasiones la selección del modelo adecuado es un problema en cuanto a la calidad de la información que nos proveen determinados resultados. En la selección de las variables explicativas de un fenómeno, eventualmente, debemos intentar abarcar muchos más factores, y en otros nos bastará un modelo más sencillo con solo un par. A su vez, algunos modelos no tienen en cuenta la interrelación existente entre las distintas medidas de prevención y la tasa de delitos (cuando en ocasiones será fundamental), y la interrelación de las variables entre sí.

5. PROBLEMÁTICAS DE EXTRAPOLAR LAS INVESTIGACIONES REALIZADAS AL CONTEXTO PERUANO

Las investigaciones enfocadas en estudiar las relaciones existentes entre las políticas de prevención dirigidas a robustecer o mejorar las fuerzas de seguridad respecto a la tasa de criminalidad realizadas en muchas ciudades en el mundo (principalmente en Estados Unidos y varias ciudades europeas) no podrán ser extrapolables al contexto peruano sin antes realizar varias aclaraciones al respecto.

Debemos aclarar que no existirá nunca una extrapolación perfecta del análisis que podamos recabar de un contexto temporo-espacial determinado a otro. En dicho sentido, existen un sinnúmero de variables que pueden volver impertinente dicha extrapolación, como el contexto educativo, social, económico, religioso, institucional, etc. No obstante lo cual, no es del todo cierto que aun así no se pueda trazar absolutamente ninguna relación entre las variables valiéndonos de estudios realizados fuera del país.

Por otra parte, más allá de la extrapolación espacial, existirá un problema adicional: la extrapolación temporal. Cuando la mayor parte de los estudios toman series temporales de varias décadas atrás, su pertinencia en la actualidad se encontrará más debilitada.

Realizadas estas aclaraciones, lo cierto es que el hombre, más allá de su complejidad y su mutabilidad, posee rasgos en común que habilitan tomar un estudio de determinado contexto para analizar otro que le es

ajeno (de no ser así, debemos admitir que en definitiva una persona, por haber nacido en otro espacio y tiempo, constituye una especie distinta a tal punto de no responder en absoluto a los incentivos a los que otras personas, en otros contextos, responden). Por otra parte, resulta correcto afirmar que la pertinencia de la extrapolación se verá afectada por todos los factores mencionados; se puede hablar, por ende, de grados de pertinencia en la extrapolación (mas nunca de impertinencia absoluta).

En definitiva, existirán dos consideraciones que deberemos tener para afirmar que determinada conclusión puede resultar, con un alto grado de probabilidad, cierta en otro contexto en donde no se ha realizado dicho estudio, a saber:

- **Cantidad de veces y similitudes culturales en las cuales haya sido realizado el experimento:** si el estudio ha sido realizado varias veces en distintos contextos, y ha dado el mismo resultado, podemos afirmar que la extrapolación a otro espacio resultará más pertinente; vale decir, es más probable que las relaciones trazadas mantengan la misma vigencia. En dicho sentido, Estados Unidos, por ser un país sumamente variado en cuanto a rasgos sociales, económicos, culturales, religiosos, políticos, etc., nos ofrece un buen contexto experimental. Si en distintos contextos los resultados son idénticos, es más probable que los sean en todos. A su vez, si determinado contexto tiene rasgos parecidos, también será probable que dicho resultado sea aplicable en ese otro contexto. Por otra parte, si adicionalmente contamos con estudios de países europeos, y de algunos latinoamericanos, todos con resultados similares, ello nos podría conducir a afirmar que si replicásemos el estudio en Perú, sería probable que los resultados no difieran en demasía.
- **Temporalidad de los datos:** en dicho sentido, si los estudios toman series de tiempo más próximas, podremos afirmar que son más pertinentes, en tanto existe determinada estabilidad y consistencia en el comportamiento humano mientras menor sea el período transcurrido.

6. TAMAÑO DE LA FUERZA POLICIAL

Al buscar una estimación acerca del efecto causal del tamaño de la fuerza policial y la delincuencia, los economistas Evans y Owens (2007) aprovecharon la Ley de Control de Delitos Violentos de 1994 dada en Estados Unidos, que otorgaba subvenciones por un total de 8800 millones de dólares a las agencias policiales locales para que contratasen más oficiales (con dicho dinero se financió la contratación de 88 000 oficiales policiales adicionales, lo que representó un aumento del 14 % en los Estados Unidos). De este modo, el aumento policial no se vio motivado por un alza de la delincuencia.

Dicho aumento en el número de policías significó una reducción de la tasa de delincuencia. Un aumento del 10 % en el tamaño de las fuerzas policiales en una ciudad llevó a una reducción del 9.9 % de los delitos violentos y a un 2.6 % de la tasa de delitos contra la propiedad. Lo que significa que, en definitiva, la elasticidad³ del delito respecto de la presencia policial fue de -0.26 para delitos contra la propiedad y de 0.99 para delitos violentos.

Un estudio similar se realizó en el Reino Unido por parte de los economistas Machin y Marie (2004). En este caso, por la Street Crime Initiative de 2002, el gobierno del Reino Unido introdujo 40 millones de libras esterlinas a diez de las cuarenta y tres fuerzas policiales locales para contrataciones adicionales, pagos de horas extras y adquisición de nuevas tecnologías. Las tasas de robo disminuyeron significativamente en relación con las áreas que no resultaron beneficiadas.

Un estudio de Levitt (2004) concluyó que existieron cuatro factores fundamentales por los cuales se redujo la criminalidad en Estados Unidos durante la década de 1990, a saber: «el incremento del número de policías, el aumento de la población penal, la disminución de la epidemia del *crack* y la legalización del aborto» (p. 18). Por otro lado,

3 La «elasticidad» es un término económico que se utiliza para medir la sensibilidad de las cantidades demandadas u ofertadas frente a cambios en alguna de sus determinantes. Sin embargo, podemos extrapolar dicho concepto a cualquier estudio que busque conocer cómo impactan los cambios porcentuales de una variable independiente sobre una variable dependiente.

concluye que existieron seis factores que si bien servían como supuestas explicaciones hasta ese momento, no jugaron un rol real y directo para disminuir la criminalidad, estos fueron: «la solidez de la economía, los cambios demográficos, las mejores estrategias policiales, las leyes de control y porte legal de armas y un aumento en la aplicación de la pena de muerte» (Levitt, 2004, pp. 12-17). En relación específica con el incremento de la policía, el investigador sostiene que estudios iniciales no encontraron correlación entre el número de policías y la criminalidad debido a problemas endógenos. Sin embargo, investigaciones posteriores concluyeron que más policías se relacionaban con menos criminalidad. Suponiendo una elasticidad de 0.40, se estima que el aumento redujo la criminalidad en un 5-6 %. Los gastos en policía superaron los US\$ 60 mil millones, mientras que el aumento del 14 % en el número de policías costó US\$ 8.4 mil millones al año. El estudio concluye que la reducción de la criminalidad puede tener beneficios de hasta US\$ 20-25 mil millones al año, superando el costo.

7. PATRULLAJE

7.1. Alerta terrorismo

Los economistas Klick y Tabarrok (2005) realizaron un estudio respecto de la presencia policial causada por una alerta terrorista. Luego del 2002 la Oficina de Seguridad Nacional de Estados Unidos implementó un sistema de alerta terrorista consistente en cinco colores según el nivel de riesgo de terrorismo a nivel nacional (en orden creciente: verde, azul, amarillo, naranja y rojo). En Washington D. C., cuando el nivel pasaba de amarillo a naranja aumentaba la presencia policial en el área del National Mall (área en donde estaban concentradas las residencias de varios funcionarios del gobierno). El estudio muestra que la cantidad de delitos se reducía, en dicha zona, en un 15 % durante una alerta roja (mientras que no era significativa la disminución en otros distritos). La disminución en el distrito de National Mall es de más del doble que la que se encuentra para la ciudad en general. El 43.6 % de la disminución

total de la delincuencia se concentró en el área en donde aumentó el patrullaje policial a raíz de la alerta terrorista.

Estudios similares y con idénticos resultados fueron realizados en Londres por los economistas Draca, Machin y Witt (2008), al analizar el ataque terrorista del 2005 (la elasticidad de la presencia policial fue de -0.3), y en Buenos Aires por los economistas Di Tella y Schargrodsky (2004) al analizar la mayor presencia policial que generó el ataque terrorista de la AMIA (Asociación Mutual Israelita Argentina). El aumento policial, en ambos casos, llevó a una disminución significativa de la delincuencia local.

7.2. Estudios experimentales

Por otra parte, Chalfin y McCrary (2018) realizaron un estudio del efecto policial en el crimen, a través de un relevamiento de las ciudades medianas y grandes de los Estados Unidos (se trata de uno de los grandes estudios que no son cuasiexperimentales sobre el tema). En dicho estudio, la elasticidad de la fuerza policial respecto de los delitos contra la propiedad fue de -0.17, mientras que la elasticidad respecto de los delitos violentos fue de -0.35. Sobre la base de estos resultados, la conclusión fue que el efecto de la presencia policial en Estados Unidos no resulta significativo para los delitos contra la propiedad. En cambio, sí lo hace respecto a los delitos violentos. Debemos destacar que este estudio no resuelve el problema de simultaneidad mencionado. Sin embargo, los resultados coinciden con los estudios cuasiexperimentales que existen al respecto.

A su vez, el costo del delito que utilizan para cuantificar el retorno a invertir en la policía se limita a lo que una víctima estaría dispuesta a pagar para obtener una menor probabilidad de victimización por asesinato, abusos sexuales, hurto, robo (entre ellos el robo de vehículos automotores) y otros robos agravados. Debe destacarse que estos no son los únicos delitos que la policía tiene la tarea de prevenir y resolver (por lo que, en realidad, su presencia genera otros muchos retornos por los cuales las personas estarían dispuestas a pagar que no son considerados). Otra de las grandes conclusiones del estudio será que las ciudades de los

Estados Unidos deberían, a partir de un análisis costo beneficio, aumentar el nivel de presencia policial⁴.

En 1972 se realizó un experimento para evaluar la eficacia del patrullaje sobre una zona en específico, en colaboración con el Departamento de Policía de Kansas City. Para tal fin, se realizaron quince operativos, se dividieron en cinco zonas distintas (tres operativos por zona). Luego la policía asignó, al azar, la naturaleza de los operativos: de control (realizando un patrullaje como de costumbre), reactivos (detuvieron el patrullaje y solo se encargaron de responder llamadas) y proactivos (se incrementó la visibilidad del patrullaje, se enviaron más unidades de lo habitual). Después se procedió a supervisar los datos de los delitos cometidos en cada zona de manera semanal durante un año. El experimento reveló que una patrulla policial adicional hizo poco para reducir la delincuencia (las tasas de los tres grupos eran muy similares).

Los hallazgos fueron decepcionantes. Se argumentó por parte de los defensores del efecto de la policía sobre las tasas de criminalidad, que las zonas sobre las cuales se efectuaron los operativos eran tan grandes que resultó insuficiente la cantidad de policías implicados como para generar un cambio en las expectativas de los potenciales delincuentes. A su vez, se argumentó que el tiempo pudo haber sido insuficiente para que los potenciales delincuentes ajustasen sus expectativas en ser capturados. De cualquier modo, los resultados no fueron favorables.

7.3. Puntos calientes o «hot spots»

Por otra parte, el análisis espacial de la delincuencia nos permite identificar determinados «puntos calientes» (*hot spots*), es decir, zonas en donde suelen concentrarse las conductas criminales.

La «Ley de Concentración del Delito» hace referencia a la teoría desarrollada por Weisburd y Braga de que muchos delitos se concentran en áreas específicas de una ciudad (citados por Amemiya y Ohyama,

4 Debe destacarse que se está presuponiendo que los otros costos que genera la presencia policial (tales como la violencia institucional o la pérdida de libertades civiles) son inferiores a todos los beneficios que no se cuantifican en el estudio (por reducción de otros delitos).

2019). En dicho sentido, partiendo de esta tesis, para disminuir la tasa de criminalidad deberíamos concentrar los esfuerzos en el patrullaje en dichas zonas, esto es, mejorar la eficiencia de la presencia policial (realizar un *Hot Spot Policing*).

Existen un centenar de investigaciones empíricas que demuestran que el crimen se concentra en unidades microgeográficas (Groff *et al.*, 2010), así como la relación entre la presencia policial en los *hot spots* y la disminución de la tasa de criminalidad (Braga *et al.*, 2012). Dentro de los estudios más notables de *hot spots*, son de cita obligatoria los siguientes:

- **Estudio de Sherman:** este estudio pionero analizó la distribución espacial del delito en Minneapolis y descubrió que la mayoría de los delitos se concentraban en unos pocos lugares específicos. Esto sentó las bases para futuras investigaciones sobre los puntos calientes (Sherman *et al.*, 1989).
- **Estudio de Braga:** en este estudio se analizaron los efectos de la aplicación selectiva de la presencia policial en los *hot spots* en la ciudad de Jersey. Se encontró que la concentración del patrullaje en áreas específicas redujo la tasa de delincuencia de manera significativa (Braga *et al.*, 1999).
- **Estudio de Weisburd:** este estudio recolectó datos de la ciudad de Seattle y encontró que los *hot spots* de delincuencia eran altamente estables a lo largo del tiempo. También mostró que las intervenciones dirigidas a esos puntos calientes condujeron a una reducción significativa de la tasa de delincuencia (Weisburd y Eck, 2004).
- **Estudio de Ratcliffe:** la investigación se centró en Filadelfia, donde se estudió la relación entre los *hot spots* y la delincuencia vecinal. Se encontró que los *hot spots* tenían un efecto de arrastre, es decir, la delincuencia en estos se asociaba con un aumento en la delincuencia en áreas cercanas (Ratcliffe *et al.*, 2011).

7.4. Táctica de patrullaje en el *hot spot*

Un tema muy asociado es el de las tácticas de patrullaje en los *hot spots*, lo cual resulta también determinante en la eficiencia de la medida. En dicho sentido, se han demostrado como positivas varias tácticas, a saber:

- **El patrullaje dirigido** (McGarrell *et al.*, 2001): es la acción básica de patrullar una zona determinada con la finalidad de detectar actividad sospechosa, responder a llamadas de emergencia y mantener una presencia policial visible.
- **Vigilancia policial de ventanas rotas** (Weisburd y Braga, 2006): esto es aumentar la vigilancia o presencia policial en determinadas zonas, para atender problemas menores, como grafitis, vandalismo o pequeños robos, abordándolos para así denotar la presencia policial en dichas zonas.
- **Patrullaje a pie** (Ratcliffe *et al.*, 2011): consiste en que los agentes de policía realizan sus recorridos a pie en lugar de utilizar vehículos. El patrullaje a pie permite una mayor interacción con la comunidad.
- **Vigilancia orientada a problemas** (Taylor *et al.*, 2011): este enfoque se basa en la identificación y el análisis de problemas específicos de una comunidad para encararlos de manera particularizada. La vigilancia orientada a problemas implica recopilar información detallada sobre el problema, analizar sus causas y consecuencias, y desarrollar estrategias específicas para abordarlo de manera efectiva.
- **Vigilancia policial enfocada** (Groff *et al.*, 2015): la vigilancia policial enfocada implica recopilar información sobre los individuos o grupos identificados como una amenaza o responsables de delitos graves y realizar un seguimiento constante de sus actividades. Esto puede incluir vigilancia encubierta, monitoreo de comunicaciones, investigación de antecedentes y cualquier otra táctica necesaria para prevenir o interrumpir sus actividades delictivas.

Por ejemplo, durante el experimento de vigilancia de *hot spots* de Minneapolis que mencionamos, los oficiales participaron

en varias actividades, incluyendo interacciones amistosas en un estilo de vigilancia comunitaria (Sherman y Weisburd, 1995). Idénticos resultados dieron patrullajes dirigidos a determinadas personas en Indianápolis (McGarrell *et al.*, 2001). En Minneapolis, la mitad de las llamadas (que denunciaban hechos delictivos) se concentraron en el 3 % de las calles, en donde en el 50 % nunca se mandó un vehículo (Sherman *et al.*, 1989). Los economistas Sherman y Weisburd (1995), para analizar la incidencia de la presencia policial sobre los «puntos calientes», realizaron un experimento en donde identificaron ciento diez de ellos, los dividieron en dos y les asignaron al azar a uno un patrullaje de control habitual y al otro un patrullaje intensivo (con el doble de horas de patrullaje). El resultado arrojó que, en los grupos experimentales, se redujeron los llamados en aproximadamente un 10 %.

Aun así sigue siendo un campo de estudio abierto qué tipo de actuación policial en los *hot spots* puede resultar más eficiente para reducir la tasa de criminalidad. En muchas ocasiones la literatura sobre el tema determina que la eficacia de la presencia policial para la prevención del delito está atada a la percepción de la ciudadanía respecto de los agentes policiales. Debido a que el Estado ostenta el monopolio legítimo de la fuerza, y que el ejercicio de dicho poder en las calles reposa en la policía, se espera que esta funcione con un alto estándar de profesionalismo.

Esto resulta esencial a la hora de implementar determinadas medidas que pueden impactar negativamente sobre la ciudadanía, si estas no se realizan de una manera lo suficientemente profesional. Dicha incógnita fue una línea investigativa realizada por Haberman y sus colaboradores (Haberman *et al.*, 2016), al analizar el impacto de determinadas medidas sobre la ciudadanía. En un contexto de debilidad institucional, con escaso nivel de transparencia y de desprestigio de las organizaciones policiales, con escasos recursos, salarios bajos y formación profesional inadecuada, es difícil concebir una real mejora por medio de este enfoque que trascienda más allá del simple patrullaje y presencia policial.

Incluso en contextos de mayor desarrollo institucional y de empleo de recursos, la percepción de las medidas policiales se mostró inadecuada por parte de la ciudadanía cuando la policía llevaba a cabo un enfoque en el control ciudadano directo, y resultó con mejor recepción un control más indirecto focalizado en la zona.

En el Perú, la desconfianza hacia el personal policial se evidenció con los resultados arrojados por el estudio de Ipsos (2023, p. 14), puesto que frente a la pregunta de qué tanta confianza tenían en que las fuerzas de seguridad (p. ej., la policía) evitaran que ocurriesen delitos violentos en su vecindario, tan solo el 10 % de los encuestados manifestó tener mucha confianza; el 29 % algo de confianza; el 3 % no lo sabía; el 36 % dijo no tener mucha confianza y el 22 % señaló no tener nada de confianza.

7.5. Control policial en la vía

En febrero de 2003 la policía estatal de Oregon, dentro de un plan de recorte presupuestario, decidió despedir al 35 % de los agentes policiales. A raíz de dicho hecho se registró un aumento del 19 % de los accidentes fatales y un aumento del 14 % de los accidentes no fatales. Dichos datos motivaron a los economistas DeAngelo y Hansen (2014) a realizar un estudio fundado en un relevamiento de datos históricos de los accidentes viales en carreteras y autopistas de los Estados de Oregon, Idaho y Washington, en el que demostraron la relación existente entre el control policial y la ocurrencia de los accidentes viales en autopistas y carreteras de las afueras de la ciudad y en condiciones climáticas favorables. Dichos autores concluyen que la policía representa un mecanismo eficaz en hacer cumplir los límites de velocidad en carreteras y autopistas. Gracias a los agentes de seguridad en las vías se pueden prevenir lesiones; esto es, que existe una relación inversamente proporcional entre la cantidad de agentes de seguridad en las vías y la cantidad de ocurrencias de lesiones viales, con elasticidad que varía entre -0.2 y -0.5, por lo que la asociación resulta no trivial entre dichas variables⁵.

5 La elasticidad de -0.2 y -0.5 es un indicador en términos marginales de la sensibilidad que poseen las cantidades de lesiones provocadas por accidentes de tránsito

El riesgo asociado al castigo en las carreteras y las autopistas influye de manera significativa en los niveles de muertes y lesiones producidas por los accidentes de tránsito.

8. EFICIENCIA DEL GASTO EN LAS FUERZAS POLICIALES

Los estudios analizados, si bien destacan la disminución de la delincuencia cuando existe una asignación de dinero adicional a las fuerzas de seguridad, no analizan cómo este dinero es gastado. La inversión en nuevas contrataciones de policías no es igual a horas extras del personal calificado, como tampoco lo es un aumento salarial o la adquisición de nueva tecnología.

En definitiva, cada inversión en un rubro determinado dentro de la fuerza de seguridad repercutirá de manera distinta en la tasa de criminalidad. Así, el economista Mas (2006) realizó un estudio en Nueva Jersey en el que demostró que un aumento salarial generó un incremento en el número de arrestos y una disminución de la tasa de criminalidad⁶.

ante una variación mínima de uno de sus determinantes (en este caso del control policial en las vías). Ante un aumento del 1 % del control policial en autopistas y carreteras, disminuye entre un 0.2 % y un 0.5 % la ocurrencia de accidentes viales.

- 6 En suma, un aumento de salarios generará un aumento de las «productividades» de los agentes de policía, así como una disminución de sus costos. Entre las consecuencias de este aumento podemos encontrar:
- Salud: los salarios altos aseguran buenos niveles de nutrición y de asistencia médica, lo que incide en los niveles de productividad del trabajador.
 - Rotación: esta causal hace hincapié en la necesidad de asegurar la permanencia de los trabajadores, de modo que no se desperdicien los costos de contratación y de capacitación que implica contratar a nuevos agentes policiales.
 - Calidad del trabajo: al ofrecer mayores salarios se logra captar aspirantes más capacitados para el puesto laboral.
 - Esfuerzo del trabajador: salarios altos aseguran que los policías no evadan sus responsabilidades, de modo que el Estado deba gastar menos recursos en sistemas de control internos.

9. EMPLEO TECNOLÓGICO EN LAS FUERZAS DE SEGURIDAD

Otro trabajo, realizado por Garicano y Heaton (2010), concluyó que el aumento en el empleo de computadoras por parte de las agencias policiales para el registro, el análisis de delitos, la investigación, y su manejo en el trabajo administrativo, generó un aumento significativo en la eficiencia de la captura de delincuentes. La utilización del empleo de tecnología en determinados delitos (como la trata de blancas) aumentó en un 10 % la probabilidad de identificación de las personas que habrían cometido dicho delito. Sin embargo, no se encontró una mejora general en los crímenes comunes, así como tampoco una reducción de la criminalidad.

Por otra parte, Tegner *et al.* (2021) encontraron que la implementación de una base de datos de ADN para los acusados en Dinamarca redujo la probabilidad de reincidencia, en el año siguiente, en un 43 %. Se estimó que la elasticidad del crimen respecto a la probabilidad de detección fue de -1.7 %. Por su parte, Doleac (2017) en forma independiente realizó un estudio similar en los Estados Unidos para estimar el efecto disuasorio de la implementación de la base de datos de ADN para las personas que habían delinquido. En dicho estudio, se estimó que la implementación redujo en un 17 % la tasa de delitos violentos, y en 6 % los delitos contra la propiedad. En definitiva, estos estudios sugieren que la implementación temprana de personas acusadas en una base de datos de ADN reduce la ocurrencia de delitos.

10. DESCRIPCIÓN DEL CONTEXTO PERUANO

El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2023) publicó las estadísticas de la criminalidad, seguridad ciudadana y violencia en el Perú hasta marzo de 2023. En cuanto a los delitos contra el patrimonio señala que durante el 2020 se registraron 189 656 casos, el 2021 un total de 247 672 casos, y el 2022 un total de 316 728 casos. Igualmente, las denuncias más frecuentes registradas en el período octubre-diciembre de 2022 fueron contra el patrimonio, 87 395 casos; seguido de aquellas contra la seguridad pública, 15 394; contra la vida, el cuerpo y la salud, 11 672; y contra la libertad, 10 046.

Un dato importante es que durante el período octubre-diciembre de 2022 hubo un incremento significativo de 15 835 casos en los delitos contra el patrimonio respecto del período de octubre-diciembre de 2021, lo que representó un aumento del 22.1 %, mientras que tomando como base de comparación el período octubre-diciembre de 2020, el aumento fue de 34 670 casos, lo que representa un aumento del 39.67 %.

Asimismo, el INEI (2023) concluye: «Según departamento, del total de denuncias registradas en el periodo octubre-diciembre 2022, el 66,4 % fueron contra el patrimonio, alcanzando mayor proporción Ucayali (76,7 %), Lima Metropolitana y Piura (74,1 % en ambos)» (p. 5).

En cuanto a Lima Metropolitana, el INEI (2023, pp. 10-11) refiere que en el período de octubre-diciembre de 2022 se registraron 44 879 denuncias, de las cuales el 74.1 % fueron sobre delitos contra el patrimonio. Asimismo, la mayor cantidad de denuncias las registró el Cercado de Lima con 5304 casos (11.8 %), seguido por San Juan de Lurigancho con 4582 casos (10.2 %), San Martín de Porres con 2978 (6.6 %) y Comas con 2710 (6.0 %).

En cuanto al robo de vehículos, el INEI (2023, pp. 16-18) destaca que en el período enero-marzo de 2023, la mayor frecuencia de ocurrencia se dio los sábados (1133 casos) y los viernes (1091 casos); por otra parte, los lunes y los martes evidenciaron los menores números (870 y 906 respectivamente). Es importante resaltar que la mayor cantidad de robos de enero a marzo de 2023 se registró entre las 20:01-24:00 con un total de 1428 casos. Asimismo, haciendo una comparativa con el período enero a marzo de 2022, el mayor incremento porcentual lo experimentaron los miércoles 56.4 % y los viernes 41.0 %, mientras que comparándolo con el período enero a marzo de 2021, los miércoles y los domingos aumentaron en 70.3 % y 180.9 % respectivamente. Los robos perpetrados entre las 00:01 y las 04:00 tuvieron un incremento porcentual del 45.1 % en el período de comparación enero a marzo de 2023 con los meses de enero a marzo de 2022, y comparado con el primer trimestre de 2021, el incremento porcentual en dicho horario fue del 130.8 %.

Por otro lado, respecto de la corrupción de nuestras fuerzas de seguridad, un informe de la Defensoría del Pueblo (2009) sobre la necesidad de fortalecer a la Policía Nacional del Perú estudió esta problemática,

con la premisa de que dicho flagelo impacta negativamente en las instituciones públicas y obstaculiza el desarrollo del país. La Policía Nacional, según refirió la Defensoría, obtuvo la peor evaluación, y es una de las instituciones más afectadas por la corrupción. La desconfianza de la sociedad por la corrupción policial en el Perú ha sido una constante a lo largo de los años, puesto que tal como señalamos al momento de describir los estudios sobre tácticas de patrullaje, según Ipsos (2023, p. 14) en nuestro país solo el 10% de la población tendría mucha confianza en que la policía evitaría la ocurrencia de delitos violentos.

Otro reclamo popular suele ser que existen muchas policías dedicados a realizar constantes operativos de control vehicular o que el personal de seguridad ciudadana se dedica a perseguir a los vendedores ambulantes y a decomisar su mercadería, en lugar de concentrar sus esfuerzos en combatir la delincuencia. En efecto, pareciera imperiosa la necesidad de establecer una escala de prioridades para enfocarse en aquellos problemas que requieren urgente atención. A modo de ejemplo tenemos una noticia publicada en diversos medios de comunicación de la ciudad de Tacna, como el diario *Correo* (2023), referido a un operativo policial donde se incautaron más de seis mil libros supuestamente «piratas» de locales de la avenida Bolognesi, lo que sin ánimo de justificar el actuar presuntamente ilícito, nos hace preguntarnos si los recursos económicos utilizados para movilizar el aparato policial y fiscal, así como la posterior investigación, a partir de un análisis costo-beneficio, se encuentran plenamente justificados teniendo en cuenta la ola de delincuencia que afronta el país. En tanto que el presunto perjuicio generado por dichos vendedores de libros, o la eventual paralización de sus actividades, a simple vista, no pareciese tener una trascendencia tal que maximice significativamente el bienestar de la sociedad.

11. CONCLUSIONES

El análisis económico del derecho penal, tomando como base la teoría de la elección racional, parte de la premisa de que un ladrón elige robar motivado por las mismas razones que conducen al resto de personas a seleccionar determinadas actividades laborales en lugar de otras: porque

resulta más lucrativo. De ello se desprende que si se pretende disminuir los robos, ya sea mediante la intervención del Estado (el cual puede adoptar medidas coercitivas, medidas de prevención del delito o políticas sociales y educativas que incidan sobre la tasa de criminalidad) o el actuar de los propios propietarios (medidas de protección de la propiedad privada, como pueden serlo, por ejemplo, la instalación de cámaras de seguridad o la contratación de seguridad privada), se deben aumentar los costos asociados a la actividad delictiva, o reducir sus ganancias.

Es importante destacar que no basta con aumentar el *quantum* de las penas, puesto que, desde la perspectiva económica, ello no tendrá mayor efecto si la probabilidad de ser atrapado y sancionado es escasa. De ahí la importancia del papel que cumplen las fuerzas de seguridad para combatir la delincuencia.

Si bien aumentar la cantidad de policías parece traer aparejada una disminución de la criminalidad, debemos prestar mucha atención a los mecanismos adecuados para el logro de tal fin; dado que no toda inversión en las fuerzas de seguridad reportará un beneficio en tal sentido. De este modo, un patrullaje solo podrá ser efectivo cuando se concentre en determinadas zonas, y un aumento del empleo tecnológico para la detección de potenciales delincuentes parece tener una mayor probabilidad de efectividad que otras medidas.

Por otro lado, los resultados descritos en el presente artículo corroboran la elevada desconfianza ciudadana frente a la actuación policial. Al respecto, resulta necesario fortalecer la imagen de la institución policial, puesto que ello también conllevará a que la sociedad vea positivamente una mayor asignación de recursos, un aumento significativo del número de efectivos policiales y que su labor será eficaz en la lucha contra la delincuencia. Las investigaciones expuestas, al evidenciar la incidencia que tuvieron en la disminución de la tasa de criminalidad, pueden servir de base para sustentar futuras políticas públicas, no sobre la base de presunciones o corazonadas, sino en función de datos objetivos que justifiquen la asignación del gasto público para dicha institución.

Como puede apreciarse, contamos con algunos datos de *hot spots* en la ciudad de Lima, que al mismo tiempo concentran la mayor cantidad tanto en términos absolutos como relativos, de tasa de criminalidad

a nivel nacional. Dichos estudios, que hacen referencia a las zonas y los horarios donde se concentra la mayor parte de la actividad delictiva nos ayudarán a extremar esfuerzos para el combate de la criminalidad, partiendo de la corroboración que se hizo en distintas ciudades de la «Ley de Concentración del Delito». No obstante lo cual, para una política dirigida a concentrar los esfuerzos en dichos focos de criminalidad, sería necesario realizar un estudio más minucioso respecto de las calles y las alturas donde se concentra en mayor medida la criminalidad.

En función del grave problema que presentan nuestras fuerzas de seguridad, respecto al flagelo de la corrupción y la percepción de esta, y si adicionalmente se considera esencial la participación de la ciudadanía en el combate del crimen, si se opta por este mecanismo de prevención del delito, se sugiere, por demostrarse más efectivo, aquel que consista en técnicas de intervención indirectas, en las que el control policial no se enfoque en toda la ciudadanía (evitando la interacción entre los agentes policiales y los simples transeúntes con controles innecesarios, tales como el de la identidad, o controles vehiculares, etc., los cuales, dada la cuestionable profesionalidad de nuestras fuerzas de seguridad, que queda evidenciada por la percepción ciudadana de esta, repercuten en mayores excesos y abusos), sino que se limite al simple patrullaje, la vigilancia enfocada, etc., que dé cuenta de la presencia policial.

Finalmente, respecto de la relación empírica existente entre la policía y la probabilidad de arresto y/o de castigo se requieren todavía más estudios. A su vez, tampoco existen suficientes estudios acerca de cómo los potenciales delincuentes forman y ajustan sus expectativas ante estos cambios de probabilidades. Mejoraremos nuestra comprensión acerca de la cartera de medidas más eficaces para disminuir la delincuencia en tanto surjan más estudios de esta clase.

REFERENCIAS

- Acciarri, H. A. (2015). *Elementos de análisis económico del derecho de daños*. La Ley.
- Amemiya, M. y Ohyama, T. (2019). Toward a test of the “Law of Crime Concentration” in Japanese cities: a geographical crime analysis in Tokyo and Osaka. *Crime Science*, 8(11). <https://doi.org/10.1186/s40163-019-0106-z>
- Beccaria, C. (1822). *Tratado sobre los delitos y las penas*. Imprenta de Albán. (Obra original publicada en 1764). http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097388/1080097388_MA.PDF
- Becker, G. S. (1974). Crime and punishment: an economic approach. En G. S. Becker y W. M. Landes (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. National Bureau of Economic Research (pp. 1-54). NBER. <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Claridad. (Obra original publicada en 1789)
- Braga, A. A., Kennedy, D. M., Waring, E. J. y Piehl, A. M. (1999). Problem-oriented policing, deterrence, and youth violence: an evaluation of Boston’s Operation Ceasefire. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 38(3), 195-225.
- Braga, A. A., Papachristos, A. V. y Hureau, D. M. (2012). The effects of hot spots policing on crime: an updated systematic review and meta-analysis. *Justice Quarterly*, 31(4), 633-663. <https://doi.org/10.1080/07418825.2012.673632>
- Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica.
- Chalfin, A. y McCrary, J. (2018). Are U.S. cities underpoliced? Theory and evidence. *The Review of Economics and Statistics*, 100(1), 167-186. <https://direct.mit.edu/rest/article-abstract/100/1/167/58429/Are-U-S-Cities-Underpoliced-Theory-and-Evidence>

- DeAngelo, G. y Hansen, B. (2014). Life and death in the fast lane: Police enforcement and traffic fatalities. *American Economic Journal: Economic Policy*, 6(2), 231-257. <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/pol.6.2.231>
- Defensoría del Pueblo (2009). *Fortalecimiento de la Policía Nacional del Perú: cinco áreas de atención urgente* [Informe Defensorial n.º 142]. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26648.pdf>
- Di Tella, R. y Schargrodsky, E. (2004). Do police reduce crime? Estimates using the allocation of police forces after a terrorist attack. *American Economic Review*, 94(1), 115-133. <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/000282804322970733>
- Doleac, J. L. (2017). The effects of DNA Databases on crime. *American Economic Journal: Applied Economics*, 9(1), 165-201. <https://doi.org/10.1257/app.20150043>
- Draca, M., Machin, S. y Witt, R. (2008). *Panic on the streets of London: police, crime and the July 2005 terror attacks*. Centre for Economic Performance (CEP Discussion Paper n.º 852). <https://cep.lse.ac.uk/pubs/download/dp0852.pdf>
- Evans, W. y Owens, W. (2007). COPS and crime. *Journal of Public Economics*, 91(1-2), 181-201. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2006.05.014>
- Garicano, L. y Heaton, P. (2010). Information technology, organization, and productivity in the public sector: evidence from police departments. *Journal of Labor Economics*, 28(1), 167-201. <https://www.jstor.org/stable/10.1086/649844>
- Groff, E. R., Weisburd, D. y Yang, S.-M. (2010). Is it important to examine crime trends at a local “micro” level? A longitudinal analysis of street to street variability in crime trajectories. *Journal of Quantitative Criminology*, 26(1), 7-32. <https://www.jstor.org/stable/23367575>

- Groff, E. R., Ratcliffe, J. H., Haberman, C. P., Sorg, E. T., Joyce, N. y Taylor, R. B. (2015). Does what police do at hot spots matter? The Philadelphia Policing Tactics Experiment. *Criminology*, 53(1), 23-53. <https://doi.org/10.1111/1745-9125.12055>
- Haberman, C. P., Groff, E. R., Ratcliffe, J. H. y Sorg, E. T. (2016). Satisfaction with police in violent crime hot spots: using community surveys as a guide for selecting hot spots policing tactics. *Crime & Delinquency*, 62(4), 525-557. <https://doi.org/10.1177/0011128713516840>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2023). *Estadísticas de la criminalidad, seguridad ciudadana y violencia. Una visión desde los registros administrativos*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4774824/Estad%C3%ADsticas%20de%20Criminalidad%2C%20Seguridad%20Ciudadana%20y%20Violencia.%20Enero-Marzo%202023.pdf?v=1687980559>
- Ipsos (2022). *XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú*. <https://www.ipsos.com/es-pe/xii-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru>
- Ipsos (2023). *Miradas sobre el crimen y las fuerzas de seguridad alrededor del mundo: una encuesta Global Advisor en 29 países*. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-06/Global%20Advisor%20Crime_ESP_Chile.pdf
- Klick, J. y Tabarrok, A. (2005). Using terror alert levels to estimate the effect of police on crime. *Journal of Law and Economics*, 48(1), 267-279. <https://mason.gmu.edu/~atabarro/TerrorAlertProofs.pdf>
- Levitt, S. D. (2004). Entendiendo por qué se redujo la criminalidad en la década de 1990: cuatro factores que lo explican y seis que no. *Ius et Praxis*, 10(2), 97-135. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000200004>
- Machin, S. y Marie, O. (2004). Crime and benefit sanctions. *CEP Discussion Paper No 645*. http://eprints.lse.ac.uk/19945/1/Crime_and_Benefit_Sanctions.pdf

- Mankiw, N. G. (2012). *Principios de economía* (6.^a ed.). Cengage Learning. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/bd2711c3969d92b67fcf71d844bcbaed.pdf>
- Mas, A. (2006). Pay, reference points, and police performance. *The Quarterly Journal of Economics*, 121(3), 783-821. <https://www.princeton.edu/~amas/papers/policepay.pdf>
- McGarrell, E. F., Chermak, S., Weiss, A. y Wilson, J. (2001). Reducing firearms violence through directed police patrol. *Criminology & Public Policy*, 1(1), 119-148. https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/drive_by_shooting/PDFs/McGarrell_etal_2001.pdf
- Ratcliffe, J. H., Taniguchi, T., Groff, E. R. y Wood, J. D. (2011). The Philadelphia foot patrol experiment: a randomized controlled trial of police patrol effectiveness in violent crime hotspots. *Criminology*, 49(3), 795-831. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.2011.00240.x>
- Sherman, L. W., Gartin, P. R. y Buerger, M. E. (1989). Hot spots of predatory crime: routine activities and the criminology of place. *Criminology*, 27(1), 27-56. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.1989.tb00862.x>
- Sherman, L. W. y Weisburd, D. (1995). General deterrent effects of police patrol in crime “hot spots”: a randomized, controlled trial. *Justice Quarterly*, 12(4), 625-648. <https://doi.org/10.1080/07418829500096221>
- Silva, G. (2011). *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*. ILAE.
- Taylor, B., Koper, C. S. y Woods, D. J. (2011). A randomized controlled trial of different strategies at hot spots of violent crime. *Journal of Experimental Criminology*, 7(2), 149-181. <https://doi.org/10.1007/s11292-010-9120-6>
- Tegner, A. S., Doleac, J. L. y Landersø, R. (2021). The effects of DNA Databases on the deterrence and detection of offenders. *American Economic Journal: Applied Economics*, 13(4), 194-225. <https://doi.org/10.1257/app.20190207>

Weisburd, D. y Braga, A. A. (2006). Advocate hot spots policing as a model for police innovation. En D. Weisburd y A. A. Braga (eds.), *Police innovation: contrasting perspectives* (pp. 225-244). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511489334.012>

Weisburd, D. y Eck, J. E. (2004). What can police do to reduce crime, disorder, and fear? *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 593(1), 42-65. <https://cebcp.org/wp-content/publications/WeisburdEck04.pdf>

Wilson, J. Q. y Herrnstein, R. J. (1985). *Crime and human nature: The definitive study of the causes of crime*. Free Press.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

- Recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, así como la redacción de dicho contenido: David Gustavo Romero Basurco.
- Redacción del marco teórico y revisión crítica al contenido intelectual importante: Nicolás Baldino Mayer.
- Aprobación final de la versión que se publicará: la revisión y la aprobación de la versión final se realizó en forma conjunta.

Agradecimientos

Los autores agradecemos al cuerpo docente de la maestría en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires por los conocimientos y la formación académica brindada, que resultó esencial para la confección del presente manuscrito.

Biografía de los autores

Nicolás Baldino Mayer, titulado de las carreras de Abogacía (diploma de honor), Economía y el profesorado en Ciencias Jurídicas (diploma de honor) en la Universidad de Buenos Aires (UBA), con grado de magíster en Derecho y Economía en la misma casa de estudios y magíster en Finanzas con orientación en «Mercado de Capitales» en la Universidad del CEMA. Aprobó el programa de doctorado en Derecho con mención en Derecho Penal en la UBA. Es docente universitario con el cargo de profesor adjunto y jefe de trabajos prácticos de la

Universidad de Buenos Aires, en las materias de Derecho y Economía, Elementos del Análisis Económico y Financiero, Elementos del Derecho Penal y Procesal Penal y Delitos contra las Personas.

David Gustavo Romero Basurco, abogado titulado por la Universidad Privada de Tacna, es egresado de la maestría en Derecho Constitucional de la misma casa de estudios y con grado de magíster en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires (tesis con calificación de «distinguido»). Se ha desempeñado en los cargos de asistente, secretario judicial, juez de paz letrado y de investigación preparatoria en la Corte Superior de Justicia de Tacna y como secretario de confianza en la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Ha publicado artículos en coautoría para la *Revista Oficial del Poder Judicial* en los que aplica el análisis económico del derecho a diversas figuras jurídicas.

Correspondencia

nbaldino@derecho.uba.ar

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 117-155

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.827

La problemática constitucional y convencional de la aplicación de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública

The constitutional and conventional problems of the application of the sentence of the acquit in the process by reason of the public function

Os problemas constitucionais e convencionais da aplicação da sentença da absolução no processo por razão da função pública

FERNANDO VICENTE NÚÑEZ PÉREZ
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: fernando.nunez@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4372-9323>

RESUMEN

La institución más polémica que incorporó el Código Procesal Penal de 2004 fue la condena del absuelto, es decir, la potestad que tiene la Sala Penal Superior, al resolver el recurso de apelación que se haya podido interponer contra una previa sentencia absolutoria dictada a favor del imputado (sede de primera instancia), en poder reformarla en una sentencia condenatoria en contra de este mismo sujeto procesal (sede de segunda instancia), decisión de condena que en su origen solo podía ser cuestionada por medio del recurso de casación. Sin embargo, el legislador nacional, a través de la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022,

decidió reformar escuetamente esta norma adjetiva, en donde la novedad legal es que esta persona condenada tiene la posibilidad de impugnar su condena vía un nuevo recurso de apelación en el que se habilita que la Sala Penal de la Corte Suprema actúe como una instancia judicial, esto de acuerdo con las reglas exclusivas del proceso penal común (proceso base). Empero esta modificación legal ha omitido referirse a las reglas especiales del proceso por razón de la función pública (proceso especial), en el que el imputado es un aforado; con esta laguna legal se afecta la pluralidad de instancia, el doble conforme y la revisión integral, aspecto que ha quedado totalmente inadvertido por la doctrina especializada y la jurisprudencia nacional. Así, se plantean una serie de recomendaciones que se dirigen a cada uno de estos cuatro subprocesos y giran en torno a la necesidad de habilitar la posibilidad de impugnación vía recurso de apelación por parte del condenado por primera vez en segunda instancia, y se establece además la competencia respectiva a la Sala Penal Suprema que corresponda; por lo que de no darse dichas modificaciones no se podrá condenar en segunda instancia al previamente absuelto.

Palabras clave: debido proceso; pluralidad de instancia; derecho de acceso a los recursos; derecho a recurrir las resoluciones judiciales; doble conformidad judicial; revisión amplia e integral; proceso por razón de la función pública.

Términos de indización: procedimiento legal; sentencia judicial; administración de justicia; función pública (Fuente: Tesoro Unesco).

ABSTRACT

The most controversial institution incorporated into the Criminal Procedure Code of 2004 was the sentence of the acquitted, which is the power that the Superior Criminal Chamber has, when resolving the appeal that may have been filed against a previous acquittal sentence issued in favor of the accused (first instance), in being able to amend it in a conviction against this same procedural subject (second instance), sentencing decision that originally could only be questioned by means of the appeal of cassation. However, the national legislator, through

Law No. 31592 of October 26th 2022, has decided to briefly reform this adjective norm, where the legal novelty is that this convicted person has the possibility of challenging his sentence via a new appeal, in which the Criminal Chamber of the Supreme Court is enabled to act as a judicial instance, this according to the exclusive rules of the common criminal process (base process). However this legal modification has omitted to refer to the special rules of the process due to the public function (special process), a process in which the defendant is an appraiser, affecting with this legal gap the plurality of instance, the double conforming and the comprehensive review, an aspect that has been totally unnoticed by the specialized doctrine and national jurisprudence. Thus, a series of recommendations are proposed that are addressed to each of these four sub-processes and revolve around the need to enable the possibility of challenge via appeal by the person convicted for the first time in the second instance, also establishing the jurisdiction respective to the corresponding Supreme Criminal Chamber; therefore, if these modifications do not occur, the previously acquitted person cannot be convicted in the second instance.

Key words: due process; plurality of instance; right of access to resources; right to appeal judicial decisions; double judicial conformity; broad and comprehensive review; process by reason of public function.

Indexing terms: judicial procedure; legal decisions; administration of justice; civil service (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O instituto mais polêmico incorporado ao Código de Processo Penal de 2004 foi a sentença do absolvido, ou seja, o poder da Câmara Superior Criminal, ao decidir o recurso que porventura tenha sido interposto contra sentença anterior absolutória proferida em favor do acusado (sede de primeira instância), podendo modificá-la em condenação contra este mesmo sujeito processual (sede de segunda instância), decisão condenatória que originalmente só poderia ser questionada por meio de recurso de cassação, sem contudo, o legislador nacional, por meio da

Lei nº 31.592, de 26 de outubro de 2022, decidiu reformar brevemente essa norma adjetiva, onde a novidade jurídica é que esse condenado tem a possibilidade de impugnar sua sentença por meio de novo recurso de apelação em que a Câmara Criminal de o Supremo Tribunal Federal está habilitado a atuar como instância judicial, isto de acordo com as regras exclusivas do processo penal comum (processo de base), porém esta modificação legal omitiu referir-se às regras especiais do processo devido à função pública (processo especial processual), processo em que o réu é avaliador, afetando com essa lacuna legal a pluralidade de instâncias, a dupla conformação e a revisão compreensiva, aspecto que tem passado totalmente despercebido pela doutrina especializada e jurisprudência nacional. Assim, propõe-se um conjunto de recomendações que se dirigem a cada um destes 4 subprocessos e giram em torno da necessidade de viabilizar a possibilidade de impugnação através de recurso por parte do condenado pela primeira vez em segunda instância, estabelecendo também o respectivo foro. à Câmara Suprema Criminal correspondente; Portanto, caso essas modificações não ocorram, o anteriormente absolvido não poderá ser condenado em segunda instância.

Palavras-chave: devido processo legal; pluralidade de instâncias; direito de acesso a recursos; direito de recorrer de decisões judiciais; dupla conformidade judicial; controle amplo e abrangente; processo em razão de função pública.

Termos de indexação: procedimento legal; sentença judicial; administração da justiça; serviço público (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 3/8/2023

Revisado: 14/8/2023

Aceptado: 7/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

La institución más polémica que introdujo el Código Procesal Penal de 2004 en sus artículos 419.2 y 425.3.b ha sido la condena del absuelto, que es la facultad que tiene la Sala Penal Superior, al resolver el recurso de apelación, de revocar una sentencia absolutoria dictada a favor del imputado en primera instancia por el juez penal unipersonal o colegiado, en la que, reformándola, se dicte en su reemplazo una sentencia condenatoria en segunda instancia en contra de este mismo sujeto procesal. A diferencia de lo que se encuentra previsto en este estatuto adjetivo en materia punitiva vigente en todo el territorio nacional, en las reglas previstas en el Código de Procedimientos Penales de 1940, normatividad que se encuentra en liquidación, la situación más gravosa o perjudicial que le podía pasar a un imputado absuelto era la nulidad de la sentencia absolutoria y que se ordenara la realización de una nueva audiencia de juzgamiento (proceso penal ordinario aplicado supletoriamente al proceso penal sumario).

La problemática no se centró en debatir académicamente si la sentencia absolutoria expedida en primera instancia podía o no ser impugnada a través de un recurso de apelación por alguna de las partes procesales que se consideren afectadas, o si esta sentencia absolutoria podía o no ser reemplazada por una sentencia condenatoria expedida recién al resolverse este recurso ordinario. El dilema se focalizó en polemizar con respecto a la afectación de derechos fundamentales del imputado a quien, al decidirse por primera vez condenarlo en segundo grado al resolverse la apelación de quien antes fue absuelto en primer grado, se le dispone aplicar la institución procesal de la condena del absuelto, pues en su origen normativo el único medio impugnatorio que se encontraba previsto y que estaba a disposición de este peculiar condenado para poder refutar su primera condena, dentro de los preceptos establecidos para el proceso penal común, era el recurso de casación penal.

El hecho de que la normatividad legal haya omitido regular un medio impugnatorio amplio, con las características de ser accesible, eficaz y oportuno, a favor del imputado condenado en segunda instancia, conllevó a la existencia clara y evidente de la afectación de una pluralidad

de derechos fundamentales de este imputado, como los siguientes: el derecho al debido proceso; el derecho a la pluralidad de instancia; el derecho de acceso a los recursos; el derecho a recurrir las resoluciones judiciales; el derecho a la defensa; el derecho a la doble conformidad judicial; y el derecho a la revisión integral.

Por la polémica generada, el Congreso de la República, a través de la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, denominada como «Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado», decidió modificar los artículos 419, 423 y 425 del Código Procesal Penal de 2004, enmienda legal que tiene vinculación con la problemática de la condena del absuelto aplicable de conformidad con las reglas del proceso penal común como proceso base.

Pese a lo señalado, cabe resaltar que la facultad de la condena del absuelto no ha sido propiamente reformada, en tanto la Sala Penal Superior continúa teniendo dicha potestad, es decir, la revocación de la sentencia absolutoria emitida en primera instancia, en el sentido de que la reforma de esta implique un pronunciamiento condenatorio por primera vez, pero en esta ocasión en segunda instancia. Debe precisarse, además, que la instalación de la audiencia de apelación de sentencia para el ejercicio de dicha facultad jurisdiccional se encuentra supeditada, entre otras, a la presencia obligatoria de la totalidad de acusados, pues de no encontrarse en esta serían declarados reos contumaces, con la finalidad de asegurar su presencia en el acto procesal y garantizar así la inmediación y la contradicción correspondiente.

Lo novedoso de esta reforma legal implica que una vez que la autoridad jurisdiccional de segunda instancia emite sentencia condenatoria contra el imputado, como respuesta ante el recurso de apelación primigenio interpuesto por lo menos por el fiscal provincial penal al pronunciamiento absolutorio de primera instancia, el ahora condenado tendrá la capacidad de recurrir a esta segunda sentencia por medio de un segundo y nuevo recurso de apelación, dejando de lado la vía del recurso de casación penal, que como recurso extraordinario que es, se encontraba sumamente limitado.

De esta manera, este segundo recurso de apelación, interpuesto por primera vez por el condenado en segunda instancia, ha sido determinado bajo competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Así la máxima instancia del Poder Judicial será la encargada de su revisión y pronunciamiento, pero no bajo los criterios casatorios, sino mediante una revisión amplia e integral de este nuevo recurso de apelación, que conforme al contenido de la pluralidad de instancia resulta en un medio impugnatorio sencillo, conocido a través de un tribunal y de mayor jerarquía, que analizará todos los extremos de dicha condena (Calderón, 2022, párr. 2).

Es de este modo que dicha reforma consolida tanto la previsión legal de la facultad de la condena del absuelto por la Sala Penal Superior, quien mantiene dicha potestad, así como la posibilidad de que frente a dicha facultad jurisdiccional el condenado por primera vez en segunda instancia tenga la capacidad de poder recurrir por medio de un recurso amplio y ordinario como el recurso de apelación. Debe recordarse que la posición y la crítica que compartí se encontraba dirigida no a la competencia jurisdiccional de revocatoria de sentencia absolutoria y su reforma en un pronunciamiento condenatorio (Núñez, 2019, pp. 115-116; Núñez, 2013, p. 77), sino a la (antes) inexistente capacidad impugnativa de este condenado por primera vez en segunda instancia bajo los parámetros del principio de pluralidad de instancia, como recurso sencillo y ordinario, que ya se encuentra permitido por la reforma señalada.

Bajo ese esquema, en los supuestos en que el órgano jurisdiccional decida aplicar dicha potestad, dentro de la estructura del proceso penal común, se podría advertir hasta dos recursos de apelación de sentencia en los siguientes supuestos:

- Primer recurso de apelación: interpuesto y fundamentado por el fiscal provincial en lo penal contra la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el juez penal de juzgamiento unipersonal o colegiado. Este primer recurso de apelación es materia de conocimiento por la Sala Penal Superior.
- Segundo recurso de apelación: interpuesto y fundamentado por el acusado contra la sentencia condenatoria dictada por primera

oportunidad en segunda instancia por parte de la Sala Penal Superior. Este segundo recurso de apelación es materia de conocimiento por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En los supuestos en los cuales el órgano jurisdiccional de segunda instancia decida revocar la sentencia absolutoria y reformarla en un pronunciamiento condenatorio, el recurso de apelación que puede ser interpuesto por el ahora condenado que estará bajo conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, seguirá las reglas previstas en el título III («La apelación de sentencias»), de la sección IV («El recurso de apelación»), del libro cuarto («La impugnación») del Código Procesal Penal de 2004.

Es de señalar que esta reforma procesal y la incorporación de este segundo recurso de apelación se encuentra bajo los parámetros del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior»), como por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»), en cuanto en un principio el planteamiento legislativo iba direccionado a que sea otra Sala Penal Superior la que asuma competencia para su conocimiento. Sin embargo, según la normativa establecida será la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República la que asuma tal capacidad.

Si bien este reajuste normativo es plausible, porque ha pretendido enfrentar y salir de una problemática que no solo tenía connotación legal por lo regulado en el primigenio Código Procesal Penal de 2004, sino también constitucional y convencional. Empero, consideramos que estos cambios legales son solo parciales o escuetos, pues únicamente se refieren al esquema del proceso penal general u ordinario. La condena del absuelto reformada por la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, solo incide en la estructura del proceso base, que es el proceso penal común, y para nada en el proceso por razón de la función pública, que es uno de los procesos especiales más importantes que prevé el Código

Procesal Penal de 2004. Este último aspecto ha quedado totalmente inadvertido por la doctrina especializada y la jurisprudencia nacional, existen por esta razón fundados motivos para llamar su atención con el presente aporte académico.

No cabe duda de que el proceso por razón de la función pública es un proceso especial que busca distinguirse y diferenciarse en forma razonada del proceso penal común, pero eso no debe significar que al imputado existente en ese proceso, que es un sujeto procesal aforado, se le puedan mutilar derechos fundamentales con significado constitucional y convencional, como el derecho a la pluralidad de instancia (artículo 139.6 de la Constitución), el derecho de toda persona inculpada de un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley (artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La calidad especial que tiene, por supuesto, este proceso por razón de la función pública no autoriza vaciar el contenido esencial de estos derechos fundamentales.

Por este motivo, en líneas más adelante buscaremos demostrar en forma pertinente que la aplaudida Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, buscó dar solución a problemáticas normativas omisivas que existían en el proceso penal común (proceso base), pero no para el proceso por razón de la función pública (proceso especial). Además de fundamentarse las conclusiones, señalaremos nuestras concretas propuestas normativas de solución a las problemáticas omisivas que existen a la fecha en este proceso especial, sea en términos de cómo debe realizarse la interpretación actual de la norma (*de lege lata*), así como de reforma legal de los artículos 450.7; 453.3; 454, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal de 2004.

Debemos ser contundentes respecto a que las reglas generales del proceso penal común, que permite impugnar la condena del absuelto por medio del nuevo segundo recurso de apelación, no podrán ser aplicadas lamentablemente por remisión a las reglas especiales del proceso por razón de la función pública, pues existen justamente normas específicas

que prevén que «contra la resolución de vista no procede recurso alguno» (cosa juzgada), derivando que la norma especial prevalezca por sobre la norma general. Ello denota lo siguiente: «no es posible el recurso de casación, por cuanto no existen otros jueces supremos competentes, pues actuaron como de investigación preparatoria, de juzgamiento y de apelación» (Velarde, 2021, p. 76).

Por tanto, los objetivos novedosos del presente aporte académico son resumidos de la siguiente manera:

- Determinar por qué el ejercicio de la facultad jurisdiccional de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública, en toda su extensión, generaría la vulneración del derecho fundamental a la pluralidad de instancia.
- Establecer en qué medida el ejercicio de la facultad jurisdiccional de la condena del absuelto en el proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios generaría la vulneración del derecho fundamental a la pluralidad de instancia.
- Corroborar en qué forma el ejercicio de la facultad jurisdiccional de la condena del absuelto en el proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos, cometidos durante el ejercicio de su mandato, generaría la vulneración del derecho fundamental a la pluralidad de instancia.
- Precisar en qué manera el ejercicio de la facultad jurisdiccional de la condena del absuelto en el proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (Consejo Supremo de Justicia Militar, jueces y fiscales superiores, procurador público y otros funcionarios que señale la ley) causaría la vulneración del derecho fundamental a la pluralidad de instancia.
- Delimitar en qué dimensión el ejercicio de la facultad jurisdiccional de la condena del absuelto en el proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (juez de primera instancia, juez de paz letrado, fiscal provincial, fiscal adjunto provincial y otros funcionarios que señale la ley) suscitaría la vulneración del derecho fundamental a la pluralidad de instancia.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A RECURRIR EL FALLO CONDENATORIO SEGÚN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

El derecho fundamental de toda persona inculpada de un delito de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, tanto como el derecho a que el condenado por un delito pueda recurrir dicho pronunciamiento ante un tribunal de mayor jerarquía, no puede ser analizado únicamente a nivel constitucional desde el contenido del derecho a la pluralidad de instancia (artículo 139.6), además debe tenerse en consideración la regulación establecida tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esta manera, recurriendo al artículo 8.2.h de la **Convención Americana** (1969) apreciamos lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

De igual manera, el contenido del artículo 14.5 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (1976) establece: «Artículo 14 [...] 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

Dicho extremo normativo toma mayor relevancia en el extremo que especifica que este derecho al recurso impugnatorio frente al fallo condenatorio debe ser de conocimiento de un tribunal superior, no se menciona un tribunal distinto al que emite el pronunciamiento cuestionado, sino que debe ser jerárquicamente superior a este. Por otra parte, se precisa que dicha capacidad impugnativa se establece para todo aquel que es declarado culpable de la comisión de un ilícito, lo que

se debe entender tanto para los supuestos de condena de primera instancia como de segunda instancia de igual manera, recurso impugnatorio que deberá ser revisado y analizado de modo amplio e integral, y pueden incluirse por este motivo aspectos fácticos, jurídicos y por qué no probatorios. En ese sentido, este aparato normativo conduce a la protección del recurso del condenado en el sentido de que este permita una revisión integral y completa del pronunciamiento condenatorio cuestionado, y que esta revisión deba efectuarse por un tribunal diferente y superior al que emitió dicha sentencia.

El derecho de toda persona inculpada de un delito de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, así como el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, no pueden ser interpretados según el limitado y restringido artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Es pertinente la doctrina convencional que viene desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su interpretación, en lo que se refiere a la gran diferencia que existe entre lo regulado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con respecto a lo previsto en el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, puesto que la Convención Americana no admite ni tiene reguladas excepciones que impidan el derecho a la doble conformidad judicial ni el derecho a un recurso integral, amplio y eficaz, como sí lo ha hecho el Sistema Europeo.

La **Corte Interamericana en el caso Mohamed vs. Argentina** (Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) rechazó admitir excepciones al derecho a recurrir condenas penales más aún cuando estas no se encuentran previstas, salvo en la cabeza de alguna imaginación arbitraria, pues la norma del Sistema Europeo (artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) no puede servir para interpretar la norma prevista en

el Sistema Americano (artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y manifiesta en forma expresa lo siguiente:

94. El Estado ha sostenido que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales (supra párr. 68), con base en que el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite determinadas excepciones [...]. Al respecto, la Corte no coincide con el alcance que Argentina otorga a esa norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo.

Así también, la **Corte Interamericana en el caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname** (Sentencia del 30 de enero de 2014. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) rechazó que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se aplique a los Estados de la región, más aún que este admite excepciones al derecho a recurrir el fallo, a diferencia de la Convención Americana que no lo hace, como el supuesto donde la persona es condenada en primera instancia por un tribunal superior, y se fundamenta en forma expresa lo siguiente:

B.3.2 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)

95. La Corte considera pertinente referirse a lo alegado por el Estado en el sentido que el juzgamiento de autoridades que ejercen altos cargos públicos en primera y única instancia, no es, por definición, violatorio del principio generalmente aceptado del derecho a recurrir del fallo, con base en el artículo 2, inciso 2 del Protocolo 7 [...] del CEDH (supra párr. 81). Ahora bien, sin perjuicio de que el CEDH no se aplica a los Estados de la región, la Corte observa que el mismo ejerce una fuerte influencia y sirve de referencia jurídica del derecho europeo en Suriname en razón de su historia.

96. Al respecto, el artículo 2, inciso 2 del Protocolo 7, establece expresamente una excepción al derecho a recurrir el fallo, en supuestos donde la persona es condenada en primera instancia por un tribunal superior. Sin embargo, tal como se estableció en el caso *Mohamed vs. Argentina* «la Corte no coincide con el alcance [que se pretende otorgar a la] norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo» [...]. En este sentido, el Tribunal no considera que la excepción contenida en el sistema europeo pueda aplicarse al presente caso.

Asimismo, el extremo del **artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** se dirige a que quien es condenado por la comisión de un hecho ilícito tiene el derecho de recurrir dicho pronunciamiento ante un tribunal superior; sin embargo, esta norma establece excepciones al derecho a recurrir el fallo, como las siguientes:

- En caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, como pueden ser las faltas o contravenciones que también tienen relevancia penal.
- Cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, como puede ser el caso de los juzgamientos en única instancia por la Corte Suprema a personas aforadas.
- Cuando el interesado haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución, como puede ser el caso de la condena del absuelto.

De acuerdo con lo que se analiza, la Convención Americana es más garantista que el Convenio Europeo en lo que respecta al derecho a recurrir el fallo; el Convenio Europeo admite excepciones al derecho a recurrir el fallo, a diferencia de la Convención Americana que no lo admite ni lo tiene regulado; el Convenio Europeo no se aplica a los Estados de la región; la Convención Americana y la Corte Interamericana

no aceptan ni permiten que el derecho a recurrir el fallo sea interpretado de acuerdo con el Convenio Europeo.

A nivel nacional nuestras instituciones han emitido pronunciamientos sobre dicha materia. En el extremo de la jurisprudencia emanada por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, resaltan cuatro pronunciamientos que fueron determinados como doctrina jurisprudencial vinculante: la **Casación n.º 385-2013/San Martín**, del 5 de mayo de 2015; la **Casación n.º 194-2014/Áncash**, del 27 de mayo de 2015; la **Casación n.º 454-2014/Arequipa**, del 20 de octubre de 2015; y la **Casación n.º 499-2014/Arequipa**, del 16 de marzo de 2016, que tomaban parte de la posición garantista del derecho a recurrir el fallo establecida por la Convención Americana.

En estas sentencias casatorias se proponía que si una Sala Penal Superior pretendía condenar en segunda instancia a un imputado absuelto en primera instancia, la decisión debía estar supeditada a la previa modificación del Código Procesal Penal de 2004. En esta modificación, se permitiría que el condenado tuviera la posibilidad de cuestionar su condena mediante un recurso ordinario de apelación y no a través del recurso de casación penal, como era hasta hace poco, así como que se habilitara el órgano judicial que tendría que resolver este medio impugnatorio (Sala Penal Superior o Sala Penal de la Corte Suprema). Mientras estas modificatorias legales no se llevaran a cabo, el órgano judicial de segunda instancia solo estaría facultado a anular la subyacente sentencia absolutoria, como ocurría con el antiguo artículo 301 del Código de Procedimientos Penales para el proceso penal ordinario, y se ordenaría que se realizara un nuevo juicio oral de primera instancia, en el que si el imputado fuera declarado culpable por esta instancia judicial, poseería expedito el derecho a recurrir en forma amplia e integral su condena.

Por su parte, entre los pronunciamientos más recientes del Tribunal Constitucional tenemos el **Exp. n.º 01075-2018-PHC/TC-Tumbes**, del 6 de abril de 2021, en el cual se pormenorizó que la condena del absuelto dependía de que hubiera un recurso que posibilitara su control en forma vasta, debido a lo cual, en tanto no se realizara la enmienda normativa que se había exhortado, se tenía que anular la sentencia absolutoria para que se efectuara un nuevo juzgamiento de primera

instancia, similarmente a como se encontraba reglado en el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales de 1940. Se engloba que la pluralidad de instancia no es transgredida por la mera aplicación de la condena del absuelto, sino por la laguna en la regulación, seguidamente, de un recurso ordinario; así como el **Exp. n.º 01604-2021-PHC/TC La Libertad**, del 14 de septiembre de 2021, en donde se puntualizó que la condena del absuelto se encontraba condicionada a que existiera un recurso que permitiera su revisión en forma extensa, por lo cual, mientras no se realizara la reforma legal que se había propuesto, se tenía que anular la sentencia absolutoria para que se efectuara un nuevo juzgamiento de primera instancia, semejantemente a como se encontraba prevista en el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales de 1940. Se incluye que la pluralidad de instancia no es quebrantada por la sola aplicación de la condena del absuelto, sino por la omisión en la regulación, a continuación, de un medio impugnatorio ordinario.

Del mismo modo, como parte de los aspectos más importantes de la doctrina jurisprudencial comparada, tenemos la **Sentencia C-792/14**, del 29 de octubre de 2014, emitida por la **Corte Constitucional colombiana**. Por medio de esta se concluyó que se configuraba una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en el Código de Procedimiento Penal de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materializara el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absolvía al condenado y el juez de segunda instancia revocaba el fallo anterior e imponía por primera vez una condena. Motivo por el cual dicha Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179.b, 194 y 481 del Código de Procedimiento Penal de 2004, en cuanto omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias. Exhortó, además, al Congreso de la República de Colombia a que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia, se regulara integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de un proceso penal, imponían una condena por primera vez tanto en los procesos penales de única instancia como en los procesos de dos instancias.

3. LA REFORMA LEGAL PRODUCIDA POR LA LEY N.º 31592, DEL 26 DE OCTUBRE DE 2022

El nuevo artículo 419 del Código Procesal Penal de 2004 ratifica la competencia funcional que tiene la Sala Penal Superior en poder anular o revocar (total o parcialmente) la resolución impugnada. Cuando se trata de sentencias absolutorias se podrá dictar, revocándola, sentencia condenatoria, y se adicionará como novedad que este fallo podrá ser revisado en apelación por la Sala Penal de la Corte Suprema, no se restringirá o limitará que esta nueva apelación contra este fallo condenatorio solo lo podrá realizar el absuelto en primera instancia que ha sido condenado en segunda instancia; ello tiene convergencia con lo que se sustentará más adelante. Debe verse que la nueva redacción de este articulado ya no hace expresa mención, por haberla suprimido, de que la apelación atribuía a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho, como entendiéndose que no era necesario que tal previsión literal esté en la ley, sino que era una suerte de redundancia por ser una obvia competencia de todo órgano judicial de segunda instancia al resolver el recurso de apelación. Por dicho motivo, la desaparición de esta última redacción no significa que el *ad quem* ha perdido esa atribución procesal que es amplia (Reynaldi, 2022, párr. 4).

El nuevo artículo 423 del Código Procesal Penal de 2004 ya no solo se refiere, en forma general o híbrida, a que era obligatoria la asistencia, entre otros, de los imputados recurridos, que podían ser imputados absueltos, en caso la impugnación la haya podido interponer el fiscal, sino que se precisa actualmente que esa obligación en términos de presencia es desde la instalación de la audiencia del recurso de apelación de sentencia (diferencia entre asistencia y presencia). Antes se describía legalmente que si los imputados eran partes recurridas, como podían ser los imputados absueltos, su inasistencia no impedía la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces; sin embargo, como se verá más adelante, jurisprudencialmente la Corte Suprema estableció de modo concreto

que para condenar al absuelto se requería como garantías, entre otras, la presencia del procesado a fin de que reitere su tesis defensiva frente al Tribunal y que no era posible condenar al absuelto en primera instancia mientras tenga la condición de contumaz.

Previo a la reforma legal, era posible que la audiencia de apelación de sentencia se efectúe con la inasistencia del imputado absuelto recurrido, en tanto que, para condenar al absuelto, como garantía jurisprudencial, sí se requería su presencia. A la fecha, seguramente para asegurar la inmediación, la contradicción y sobre todo el respeto del derecho de defensa del imputado absuelto recurrido, se regula que ante la incomparecencia de estos imputados recurridos, serán declarados reos contumaces y se dispondrá su conducción compulsiva, ya no se prevee que su inasistencia impediría la realización de la audiencia.

Concordantemente con lo comentado, la Corte Suprema nacional por medio de la **Casación n.º 694-2020/Huancavelica**, del 21 de junio de 2022, había fijado, previo a la reforma legal, algunos requisitos garantistas para que una Sala Penal Superior pueda en forma legítima condenar al absuelto, como los siguientes:

12.6. Finalmente, debemos indicar que es doctrina señalada por este Tribunal la posibilidad de condenar al absuelto en segunda instancia; no existe restricción en la norma procesal al respecto. [...] No obstante, es necesario que se garanticen determinados supuestos en el caso de condena de un absuelto. Se requiere la presencia del procesado a fin de que reitere su tesis defensiva frente al Tribunal; la existencia de pruebas nuevas en el juicio de apelación; la posibilidad de variar la valoración de la prueba personal únicamente obedecerá a las denominadas «zonas abiertas», que son accesibles al control a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos; además, no es posible condenar al absuelto en primera instancia mientras tenga la condición de contumaz [...].

Bajo esa misma línea, la reforma establecida al artículo 425 del Código Procesal Penal de 2004 por un lado mantiene la facultad jurisdiccional del órgano de segunda instancia de revocar un pronunciamiento

absolutorio y reformarlo en condena, impone las sanciones y las cuestiones civiles que correspondan, y por otro añade que cuando la Sala Superior Penal de Apelaciones ejerza dicha facultad, las partes, sin distinción ni exclusión, podrán interponer el recurso de apelación que será de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema dentro de las reglas previstas en el título III («La apelación de sentencias»), de la sección IV («El recurso de apelación»), del libro cuarto («La impugnación») del Código Procesal Penal de 2004, esto es, con las reglas que rigen este medio impugnatorio, sin ninguna particularidad (Calderón, 2022, párr. 3). Con esta nueva previsión es de seguro que se abrirán algunos nuevos debates jurídicos, como los siguientes:

- ¿El nuevo segundo recurso de apelación que cuestione la condena del absuelto, que habilitará que la Sala Penal de la Corte Suprema actúe como una tercera instancia ordinaria o como un órgano de apelación ordinario, podrá ser interpuesto y fundamentado solo por el imputado absuelto en primera instancia, pero condenado en segunda instancia o también estará al alcance de las demás partes procesales, como el Ministerio Público y el agraviado?
- ¿Si el nuevo segundo recurso de apelación que cuestione la condena del absuelto puede ser interpuesto y fundamentado, aparte del imputado, por las demás partes procesales, como el Ministerio Público y el agraviado, cuál sería el contenido y el alcance de este medio impugnatorio?
- ¿La sentencia que emita la Sala Penal de la Corte Suprema, al resolver el nuevo segundo recurso de apelación que cuestione la condena del absuelto, podrá ser impugnada posteriormente por cualquiera de las partes procesales por medio de un recurso de casación?

Los medios impugnatorios *intra* proceso, como los recursos, se rigen por el principio de legalidad, por lo que su existencia y su forma se sustentan en lo que se encuentra estructurado en la ley. En el caso en concreto, el actual artículo 425.3.c del Código Procesal Penal de 2004 apunta en forma amplia y general que las partes podrán

interponer el recurso de apelación que será de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, no limitan su interposición y su fundamentación al imputado absuelto en primera instancia, pero condenado en segunda instancia. Es un hecho que la Ley n.º 31592 ha buscado, en primer orden, que a todo condenado recién en segunda instancia se le garantice el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, al doble conforme judicial y a la revisión integral; pero, en segundo orden, esto no debe excluir que las demás partes procesales, como el Ministerio Público y el agraviado, puedan cuestionar la condena del absuelto según sus intereses procesales. Una vez más, si la norma expresamente dice que las partes podrán interponer el recurso de apelación que será de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, esta regulación es de acuerdo con el principio de igualdad y de no discriminación procesal (Butrón, 2022, párrs. 7-9).

Si bien se podría sostener que el imputado que sea recién condenado en segunda instancia sería la principal parte procesal perjudicada con esta decisión judicial, no obstante, hay que ponerse en el contexto de que este mismo fallo condenatorio podría tener efectos negativos para la posición procesal que asuma el Ministerio Público o la parte agraviada dentro del desarrollo del proceso penal. En un caso en concreto podría darse el supuesto de que el Ministerio Público haya sustentado la presencia, en su requerimiento acusatorio, de un delito de violación sexual de menor de catorce años cuya consecuencia jurídica del delito solicitada sea la pena de cadena perpetua. En esta, si bien en primera instancia el Juzgado Penal de Juzgamiento dicta sentencia absolutoria, en segunda instancia la Sala Penal Superior decide revocar la sentencia absolutoria, producto de un primer recurso de apelación formulado por el fiscal, y la reforma por una sentencia condenatoria, pero por el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, que es de menor gravedad (antes denominado como delito de actos contra el pudor de menores) y se impone cuatro años de pena privativa de la libertad de carácter suspendida, con una suma de quinientos soles de reparación civil. Este pronunciamiento judicial podría ser impugnado, a través del nuevo segundo recurso de apelación, tanto por el imputado (cuestionando el delito y la pena), por

el Ministerio Público (cuestionando el cambio del delito por uno de menor gravedad producto de la desvinculación y la pena diminuta) y por la parte agraviada (cuestionando el monto irrisorio de la reparación civil) (Butrón, 2022, párr. 19).

Sin ser menos importante, asumimos una vez más que, de acuerdo con el principio de legalidad, la sentencia que emita la Sala Penal de la Corte Suprema, al resolver el nuevo segundo recurso de apelación que haya podido cuestionar la condena del absuelto, no podrá ser impugnada posteriormente, por cualquiera de las partes, por medio del recurso de casación. Debe recordarse que el artículo 427.1 del Código Procesal Penal de 2004, no modificado por la Ley n.º 31592, sostiene que el recurso de casación procede, entre otros pronunciamientos, contra las sentencias definitivas expedidas en apelación por las Salas Penales Superiores. Para el presente supuesto, la sentencia sería expedida en apelación por la Sala Penal de la Corte Suprema y no por la Sala Penal Superior; por ende, en este contexto procesal **no existe la previsión legal autorizada del recurso de casación.**

En consecuencia, la ruta procesal contra la condena del absuelto según las reglas del proceso penal común es la siguiente:

- Juez penal de juzgamiento unipersonal o colegiado: dicta sentencia absolutoria en la que procede recurso de apelación.
- Sala Penal Superior: dicta sentencia condenatoria producto del previo recurso de apelación, en donde las partes podrán interponer el nuevo segundo recurso de apelación.
- Sala Penal de la Corte Suprema: dicta sentencia en la que resuelve, como tercera instancia ordinaria u órgano de apelación ordinario, el nuevo segundo recurso de apelación, decisión judicial que no podrá ser objeto del recurso de casación.

4. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ACORDE AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Dentro de la regulación establecida por el Código Procesal Penal de 2004 se tiene como base el proceso penal común, sin embargo, este no es el único, pues también se encuentran regulados otros procesos

especiales, dentro de los que se halla el proceso penal especial por razón de la función pública, que se diferencia del proceso común en vista de que cuenta como procesado, en primer lugar a los altos funcionarios, de conformidad con lo establecido por la Constitución Política del Perú en sus artículos 93, 99, 161 y 201; y en segundo lugar a demás funcionarios públicos que si bien no son parte del alto rango del primer supuesto, se consideran en cuanto cargos públicos de suma importancia que se vinculan con el correcto desarrollo de la administración de justicia. Sean altos funcionarios públicos u otros funcionarios públicos mencionados en la normatividad constitucional y legal, estamos hablando de un sujeto procesal imputado que se distingue como aforado.

Asimismo, debe destacarse que este proceso especial, por una parte, no solo inicia en la instancia suprema, sino que también culmina en ella (proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos; proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos cometidos durante el ejercicio de su mandato; proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos, como a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, los jueces y los fiscales superiores, el procurador público y otros funcionarios que señale la ley); y, por otra parte, puede dar inicio ante una Sala Penal Superior y culminar en la instancia suprema (proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos, como al juez de primera instancia, el juez de paz letrado, el fiscal provincial, el fiscal adjunto provincial y otros funcionarios que señale la ley). En ambos casos, vía el clásico y ordinario recurso de apelación, no existe en este proceso penal especial la posibilidad de interposición del recurso de casación penal ni del nuevo segundo recurso de apelación creado por la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022.

Este proceso por razón de la función pública se encuentra dividido, formalmente y de acuerdo con la legalidad procesal, en tres subprocesos de la siguiente manera:

- El proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos: artículos 449-451 del Código Procesal Penal de 2004.

- El proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos: artículos 452-453 del Código Procesal Penal de 2004.
- El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos: artículos 454-455 del Código Procesal Penal de 2004.

Se debe precisar que este proceso especial ha sido regulado en tres subprocesos, se basa en la estructura establecida de la normativa propia del Código Procesal Penal de 2004, si bien desde su origen, se acentúa por medio de la expedición de la Ley n.º 31308, del 24 de julio de 2021, que tiene como antecedente a la Ley n.º 31118, del 6 de febrero de 2021; sin embargo, considero que en realidad se divide en cuatro subprocesos conforme a lo siguiente:

- El proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos: artículos 449-451 del Código Procesal Penal de 2004.
- El proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos cometidos durante el ejercicio de su mandato: artículos 452-453 del Código Procesal Penal de 2004.
- El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos, como a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, los jueces y los fiscales superiores, el procurador público y otros funcionarios que señale la ley: artículos 454.3-455 del Código Procesal Penal de 2004.
- El proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos, como al juez de primera instancia, el juez de paz letrado, el fiscal provincial, el fiscal adjunto provincial y otros funcionarios que señale la ley: artículos 454.4-455 del Código Procesal Penal de 2004.

El proceso por delitos comunes cometidos antes de asumir el mandato, atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios, mencionado tanto en el artículo 93 de la Constitución Política como en el artículo 452.2 del Código Procesal Penal de 2004, no lo consideramos como una modalidad más de este proceso penal especial, por la sencilla razón de que sigue las reglas completas desarrolladas para el proceso penal

común. Por ello, continuando con las problemáticas mostradas en la presente investigación, su solución ya se encuentra prevista de acuerdo con la reforma legal traída consigo por la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022. En consecuencia, para el proceso por delitos comunes cometidos antes de asumir el mandato, atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios, sí existe la posibilidad de interposición del recurso de casación penal como del nuevo segundo recurso de apelación cuando la Sala Penal Superior decida aplicar la condena del absuelto.

En ese sentido, el examen respecto de la afectación de derechos fundamentales como el debido proceso, que incluye a su vez el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, el acceso a los recursos y el recurrir propiamente las resoluciones jurisdiccionales, así como la doble conformidad, deberá realizarse siempre desde la división planteada de la existencia de los cuatro subprocesos incorporados en este proceso penal especial.

Si bien el proceso por razón de la función pública es un proceso penal especial, y tiene por este motivo reglas específicas por su propia estructura y naturaleza por ser justamente un proceso diferente; no obstante, varios de sus acápites siguen las reglas generales del proceso penal común.

Esto ha sido resaltado por la doctrina nacional de la siguiente manera:

Como las particularidades del proceso especial se encuentran al inicio de la acción penal y la etapa de investigación preparatoria; en cuanto a las etapas intermedia y de juzgamiento, se entienden son aplicables las reglas del proceso común, con la peculiaridad que intervienen fiscales y jueces supremos.

En ese sentido, en los incisos 7 al 10 del artículo 450 del CPP se prevé particularidades en cuanto al efecto del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria, prescripción de la acción penal y plazo para la aplicación de este proceso especial, después de emitida la sentencia de primera instancia [...]. (Velarde, 2021, p. 75)

Así, se puede apreciar que en este proceso penal especial se le aplican las reglas del proceso penal común, como las reglas que le son particulares, y es pertinente hacer mención de las siguientes:

- a) Para el proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos, en el que si bien se señala que este proceso penal «se regirá por las reglas del proceso común», se apunta a continuación «salvo las que se establezcan en este Título» (artículo 449 del Código Procesal Penal de 2004), como el caso de aquella que sostiene posteriormente que «Contra las decisiones emitidas por [...] la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra la resolución de vista no procede recurso alguno» (artículo 450.7 del Código Procesal Penal de 2004). Para este tipo de proceso no procede interponer contra la resolución de vista el recurso de casación penal ni el nuevo segundo recurso de apelación. Por lo referido, la doctrina nacional ha mencionado lo siguiente: «El Tribunal de juicio siempre es colegiado y la sentencia que emita es objeto de recurso de apelación, concebido como medio de gravamen. No cabe recurso de casación» (San Martín, 2020, p. 1185).
- b) Para el proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos cometidos durante el ejercicio de su mandato, en el que si bien se señala que «se rigen por las reglas del proceso común», se apunta a continuación «así como por lo establecido en el presente Título» (artículo 452.1 del Código Procesal Penal de 2004), como el caso de aquella que sostiene posteriormente que «Contra las decisiones emitidas por [...] la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra las resoluciones de vista no procede recurso alguno» (artículo 453.3 del Código Procesal Penal de 2004). Para esta clase de proceso no procede interponer, contra la resolución de vista, el recurso de casación penal ni el nuevo segundo recurso de apelación. Acerca de esto, la doctrina nacional ha buscado destacar lo siguiente:

La tercera se aparta de las anteriores reglas, cuya naturaleza las configura como normas-regla de competencia para ya ahora pasar a regular el derecho y garantía de segunda instancia, a través del recurso de apelación contra las decisiones adoptadas por el juzgado y la Sala Penal Especial supremos, con lo que se entiende que ambos órganos son de primera instancia. Corresponde conocer en segunda instancia a la Sala Penal Suprema conformada por cinco miembros, sin que pueda plantearse recurso de casación. Llama la atención esta restricción frente a los errores sustantivos/procesales de alta significatividad en que puedan incurrir estos órganos al punto de la prohibición de casación, tal como sucede en los delitos funcionariales (artículos 450.7 y 454.4) cometidos por los sujetos públicos (funcionarios y servidores públicos). (Rojas, 2021, p. 84)

- c) Para el proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (Consejo Supremo de Justicia Militar, jueces y fiscales superiores, procurador público y otros funcionarios que señale la ley), en el cual se indica que «Contra las decisiones emitidas por [...] la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra las resoluciones de vista no procede recurso alguno» (artículo 454.3 del Código Procesal Penal de 2004). Esta normatividad debe ser necesariamente complementada con aquella otra que sostiene que este proceso penal «se regirá por las reglas del proceso común», y se apunta a continuación «con las excepciones previstas en el artículo anterior» (artículo 455 del Código Procesal Penal de 2004). Para esta clase de proceso no corresponde interponer, contra la resolución de vista, el recurso de casación penal ni el nuevo segundo recurso de apelación.
- d) Para el proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (juez de primera instancia, juez de paz letrado, fiscal provincial, fiscal adjunto provincial y otros funcionarios

que señale la ley), en el que se indica que «Contra las decisiones emitidas por [...] la Sala Penal Especial Superior procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal de la Corte Suprema. Contra las resoluciones de vista no procede recurso alguno» (artículo 454.4 del Código Procesal Penal de 2004). Esta normatividad debe complementarse con aquella otra que sostiene que el proceso penal «se regirá por las reglas del proceso común», y a continuación se apunta: «con las excepciones previstas en el artículo anterior» (artículo 455 del Código Procesal Penal de 2004). En este caso no procede la interposición, contra la resolución de vista, el recurso de casación penal ni el nuevo segundo recurso de apelación. Con respecto a lo afirmado, la doctrina nacional ha indicado lo siguiente: «Por último, otra diferencia con el proceso común está dada en caso de impugnación de la sentencia vía recurso de apelación, puesto que contra la sentencia de vista no procede ningún tipo de recurso» (Cubas, 2021, p. 93).

Si bien el proceso penal común contiene normas generales, el proceso por razón de la función pública, como proceso penal especial que es, tiene normas específicas. Como regla estamos de acuerdo en que las normas generales del proceso penal común se apliquen al proceso por razón de la función pública, sobre todo cuando este último no las regula ni las menciona; empero, si este proceso penal especial las prevé, prevalece la máxima de que la «norma especial prevalece sobre la norma general», como aquel que dice que «contra las resoluciones de vista no procede recurso alguno».

5. LAS PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS NORMATIVAS QUE SE PODRÍAN GENERAR POR LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (ARTÍCULOS 449-455 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004)

La aplicación de la institución procesal de la condena del absuelto presentaba problemas, en su momento, no solo para el proceso penal

común, lo que fue en alguna medida solucionado por la comentada Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, sino también para la casuística que podría derivar del proceso por razón de la función pública en toda su extensión y comprensión. Para ello se tiene en cuenta nuevamente que este proceso penal especial se encuentra dividido, materialmente, en cuatro subprocesos:

- a) Para el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos, en el supuesto de que la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial decida condenar en segunda instancia a un previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema. Véase expresamente que, contra esta decisión judicial de vista como norma especial, no procede recurso alguno (artículo 450.7 del Código Procesal Penal de 2004).
- b) Para el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos cometidos durante el ejercicio de su mandato, en el supuesto de que la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial decida condenar en segunda instancia a un previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema. Véase expresamente que, contra esta decisión judicial de vista como norma especial, no procede recurso alguno (artículo 453.3 del Código Procesal Penal de 2004).
- c) Para el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (Consejo Supremo de Justicia Militar, jueces y fiscales superiores, procurador público, otros funcionarios que señale la ley), en el supuesto de que la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial decida condenar en segunda instancia a un previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema. Véase expresamente que, contra esta decisión judicial de vista como norma especial, no procede recurso alguno (artículo 454.3 del Código Procesal Penal de 2004).

d) Para el proceso penal especial por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (juez de primera instancia, juez de paz letrado, fiscal provincial, fiscal adjunto provincial, otros funcionarios que señale la ley), en el supuesto de que la Sala Penal de la Corte Suprema decida condenar en segunda instancia a un previamente absuelto por la Sala Penal Especial Superior. Véase expresamente que, contra esta decisión judicial de vista como norma especial, no procede recurso alguno (artículo 454.4 del Código Procesal Penal de 2004).

Por lo descrito, consideramos que de acuerdo con como hoy (*de lege lata*) se encuentran estructurados estos subprocesos que integran el proceso por razón de la función pública (división material), una decisión judicial que aplique la institución procesal de la condena del absuelto en sede de segunda instancia, al resolverse el ordinario recurso de apelación, llevaría a que exista infracción de una colección de derechos fundamentales que tienen raigambre constitucional y convencional, como los siguientes: el derecho al debido proceso; el derecho a la pluralidad de instancia; el derecho de acceso a los recursos; el derecho a recurrir las resoluciones judiciales; el derecho a la defensa; el derecho de igualdad y no discriminación; el derecho a la doble conformidad judicial; y el derecho a la revisión integral, por ser una sentencia condenatoria con valor de cosa juzgada.

Cuando en un proceso por razón de la función pública exista una condena en segunda instancia no procede interponer ni el anterior recurso de casación ni el nuevo segundo recurso de apelación creado por la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, por tener normas específicas que prohíben su interposición. Los artículos 450.7; 453.3; 454, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal de 2004, en forma coincidente, prevén que «contra las resoluciones de vista no procede recurso alguno».

Sin embargo, un pronunciamiento reciente y que resulta interesante para el análisis de esta investigación recae en el **Exp. n.º 02503-2023-PHC/TC Lima**, emitido en julio de 2023 por parte de nuestro Tribunal Constitucional, en el cual se pronuncia en relación con la aplicación

de la institución procesal de la condena del absuelto por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que revocó como sede de segunda instancia la resolución primigenia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Huánuco que —por mayoría— decidió absolver al imputado, y reformándola estableció su condena.

Al respecto, si bien se tiene que el Tribunal Constitucional declaró improcedente dicha demanda, esto se debió únicamente a una cuestión de formalidad en el extremo del plazo para la interposición del recurso, en tanto la sentencia condenatoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República habría sido emitida con fecha 30 de mayo de 2022, mientras que la Ley n.º 31592 entró en vigencia el 27 de octubre del mismo año. El Tribunal Constitucional precisó:

En efecto, la Ley 31592 entró en vigencia el 27 de octubre de 2022, **fecha a partir de la cual la defensa del favorecido pudo presentar el recurso de apelación en el plazo correspondiente**. Sin embargo, conforme se indica en el aludido fundamento tercero, el recurso fue presentado el 21 de noviembre de 2022. Por consiguiente, la sentencia de fecha 30 de mayo de 2022 no cumple el requisito de firmeza conforme lo establece el artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional. (Fundamento sexto)

Se deja entrever así una cierta posibilidad para la interposición y la tramitación de un segundo recurso de apelación (interpuesto por primera vez por parte del imputado) frente a la aplicación de la institución de la condena del absuelto por parte de la Sala Penal Suprema de segunda instancia, dentro de la compleja estructura de los procesos especiales por razón de la función pública.

6. LAS PROPUESTAS JURÍDICAS NORMATIVAS DE SOLUCIÓN A LAS PROBLEMÁTICAS QUE SE PODRÍAN GENERAR POR LA APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (ARTÍCULOS 450.7; 453.3; 454, NUMERALES 3 Y 4, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004)

Las propuestas jurídicas normativas de solución a las problemáticas que se podrían generar por la aplicación de la institución procesal de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública en sus diversas modalidades materiales, sean en términos *de lege ferenda* (propuestas de modificación de los artículos 450.7; 453.3; 454, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal de 2004) y *de lege lata* (propuestas de interpretación de los artículos 450.7; 453.3; 454, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal de 2004), son las que se exponen a continuación.

En el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos:

- Para el supuesto de que la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial decida condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema, debe modificarse el artículo 450.7 del Código Procesal Penal de 2004, en donde se debe habilitar la posibilidad de que este condenado pueda interponer un recurso de apelación contra su primera condena, así como también otorgarse competencia a otra Sala Penal Suprema, que es la que deberá resolver este nuevo medio impugnatorio ordinario, tal como se regula a la fecha para las reglas del proceso penal común acorde a la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, identificada como «Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado» (propuesta *de lege ferenda*).
- Si es que no se quiere modificar el artículo 450.7 del Código Procesal Penal de 2004, la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial se encontrará impedida de decidir condenar en segunda instancia a un imputado previamente

absuelto por la Sala Penal Especial Suprema, y puede únicamente anular la sentencia absolutoria y ordenar que se lleve a cabo un nuevo juicio oral de primera instancia (propuesta *de lege lata*).

En el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos cometidos durante el ejercicio de su mandato:

- Para el supuesto de que la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial decida condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema, debe modificarse el artículo 453.3 del Código Procesal Penal de 2004, en donde se debe habilitar la posibilidad de que este condenado pueda interponer un recurso de apelación contra su primera condena, así como también otorgarse competencia a otra Sala Penal Suprema, que es la que deberá resolver este nuevo medio impugnatorio ordinario, tal como se regula a la fecha para las reglas del proceso penal común acorde a la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, identificada como «Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado» (propuesta *de lege ferenda*).
- Si es que no se quiere modificar el artículo 453.3 del Código Procesal Penal de 2004, la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial se encontrará impedida de decidir condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema, puede únicamente anular la sentencia absolutoria y ordenar que se lleve a cabo un nuevo juicio oral de primera instancia (propuesta *de lege lata*).

En el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (Consejo Supremo de Justicia Militar, jueces y fiscales superiores, procurador público y otros funcionarios que señale la ley):

- Para el supuesto de que la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial decida condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema, debe modificarse el artículo 454.3 del Código Procesal Penal de 2004, en donde se debe habilitar la posibilidad de que este condenado pueda interponer un recurso de apelación contra su primera condena, así como también otorgarse competencia a otra Sala Penal Suprema, que es la que deberá resolver este nuevo medio impugnatorio ordinario, tal como se regula a la fecha para las reglas del proceso penal común acorde a la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, identificada como «Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado» (propuesta *de lege ferenda*).
- Si es que no se quiere modificar el artículo 454.3 del Código Procesal Penal de 2004, la Sala Penal Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial se encontrará impedida de decidir condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Suprema, y puede únicamente anular la sentencia absolutoria y ordenar que se lleve a cabo un nuevo juicio oral de primera instancia (propuesta *de lege lata*).

En el proceso por razón de la función pública en la modalidad del proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (juez de primera instancia, juez de paz letrado, fiscal provincial, fiscal adjunto provincial y otros funcionarios que señale la ley):

- Para el supuesto de que la Sala Penal de la Corte Suprema decida condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Superior, debe modificarse el artículo 454.4 del Código Procesal Penal de 2004, en donde se debe habilitar la posibilidad de que este condenado pueda interponer un recurso de apelación contra su primera condena, así como también otorgarse competencia a otra Sala Penal Suprema, que es la que deberá resolver este nuevo medio impugnatorio

ordinario, tal como se regula a la fecha para las reglas del proceso penal común acorde a la Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, identificada como «Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado» (propuesta *de lege ferenda*).

- Si es que no se quiere modificar el artículo 454.4 del Código Procesal Penal de 2004, la Sala Penal de la Corte Suprema se encontrará impedida de decidir condenar en segunda instancia a un imputado previamente absuelto por la Sala Penal Especial Superior, y puede únicamente anular la sentencia absolutoria y ordenar que se lleve a cabo un nuevo juicio oral de primera instancia (propuesta *de lege lata*).

7. CONCLUSIONES

- Que la aplaudida Ley n.º 31592, del 26 de octubre de 2022, buscó dar solución a problemáticas normativas omisivas que existían en el proceso penal común (proceso base), pero no para el proceso por razón de la función pública (proceso especial).
- Que cuando se decida aplicar la institución procesal de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública, tal decisión judicial condenatoria emitida en sede de segunda instancia tendrá valor de cosa juzgada, proceso penal especial que tiene como característica ser un proceso que, por un lado, se inicia y termina en la Corte Suprema; y, por otro lado, se inicia en la Corte Superior y termina en la Corte Suprema.
- Que la aplicación de la institución procesal de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública no podrá ser cuestionada ni por el anterior recurso de casación penal ni por el nuevo segundo recurso de apelación, por ser una decisión judicial expedida, en apelación, por la máxima instancia jurisdiccional ordinaria del Poder Judicial.
- Que cuando al imputado aforado se le decida aplicar la institución procesal de la condena del absuelto en el proceso por razón de la

función pública, se le va a cercenar varios derechos fundamentales de connotación constitucional y convencional: el derecho al debido proceso; el derecho a la pluralidad de instancia; el derecho de acceso a los recursos; el derecho a recurrir las resoluciones judiciales; el derecho a la defensa; el derecho a la doble conformidad judicial; y el derecho a la revisión integral.

- Que las reglas generales del proceso penal común, que permite impugnar la condena del absuelto por medio del nuevo segundo recurso de apelación, no podrán ser aplicadas por remisión a las reglas especiales del proceso por razón de la función pública por existir justamente norma específica que regula que «contra la resolución de vista no procede recurso alguno» (cosa juzgada). Ello deriva en que la norma especial prevalezca por sobre la norma general (artículos 450.7; 453.3; 454, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal de 2004).
- La aplicación de la condena del absuelto en el proceso por razón de la función pública, en toda su extensión, generaría la afectación de la pluralidad de instancia por impedirse el derecho a la doble conformidad judicial y a la revisión integral.
- La aplicación de la condena del absuelto en el proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos produciría la afectación de la pluralidad de instancia, porque el condenado no tendría la posibilidad de ejercer el derecho a la doble conformidad judicial y a la revisión integral frente a una sentencia condenatoria que ostentaría el valor de cosa juzgada.
- La aplicación de la condena del absuelto en el proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios públicos cometidos durante el ejercicio de su mandato ocasionaría la afectación de la pluralidad de instancia, porque el condenado no tendría la posibilidad de ejercer el derecho a la doble conformidad judicial y a la revisión integral frente a una sentencia condenatoria que ostentaría el valor de cosa juzgada.
- La aplicación de la condena del absuelto en el proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (Consejo Supremo de Justicia Militar, jueces y fiscales superiores, procurador público

y otros funcionarios que señale la ley) causaría la afectación de la pluralidad de instancia, porque el condenado no tendría la posibilidad de ejercer el derecho a la doble conformidad judicial y a la revisión integral frente a una sentencia condenatoria que ostentaría el valor de cosa juzgada.

- La aplicación de la condena del absuelto en el proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (juez de primera instancia, juez de paz letrado, fiscal provincial, fiscal adjunto provincial y otros funcionarios que señale la ley) suscitaría la afectación de la pluralidad de instancia, porque el condenado no tendría la posibilidad de ejercer el derecho a la doble conformidad judicial y a la revisión integral frente a una sentencia condenatoria que ostentaría el valor de cosa juzgada.

REFERENCIAS

- Butrón, H. F. (2022, 16 de noviembre). ¿Puede el Ministerio Público apelar la condena del absuelto? Precisiones sobre la bilateralidad del nuevo recurso creado por la Ley 31592. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/puede-el-ministerio-publico-apelar-la-condena-del-absuelto-ley-31592/>
- Calderón, A. (2022, 3 de noviembre). Adecuación al «doble conforme» para condenados en segunda instancia. *Expreso*. <https://www.expreso.com.pe/opinion/adecuacion-al-doble-conforme-para-condenados-en-segunda-instancia/>
- Cubas, V. (2021). *Código Procesal Penal comentado. Tomo IV: artículos 446 al 566* (2.^a ed. actualizada y revisada). Gaceta Jurídica.
- Núñez, F. V. (2013). *La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal*. Grijley.
- Núñez, F. V. (2019). *La condena del absuelto conforme al Código Procesal Penal. El derecho fundamental a la doble conformidad judicial y a la revisión integral*. Instituto Pacífico.

- Reynaldi, R. C. (2022, 27 de octubre). Condena del absuelto en la Ley 31592 y espacios indeterminados. *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/la-condena-del-absuelto-en-la-ley-31592-y-espacios-indeterminados/>
- Rojas, F. (2021). *Código Procesal Penal comentado. Tomo IV: artículos 446 al 566* (2.ª ed. actualizada y revisada). Gaceta Jurídica.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones (Conforme el Código Procesal Penal de 2004)* (2.ª ed.). Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales; Fondo Editorial del Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Velarde, J. L. (2021). *Código Procesal Penal comentado. Tomo IV: artículos 446 al 566* (2.ª ed. actualizada y revisada). Gaceta Jurídica.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Casación n.º 694-2020 Huancavelica (2022). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (21 de junio de 2022).
- Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Constitución Política del Perú (1993). Congreso Constituyente Democrático.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Organización de los Estados Americanos.
- Decreto Legislativo n.º 957. Nuevo Código Procesal Penal. *Diario Oficial El Peruano* (29 de julio de 2004).
- Expediente n.º 01075-2018-PHC/TC/Tumbes (2021). Tribunal Constitucional (6 de abril de 2021).

Expediente n.º 01604-2021-PHC/TC/La Libertad (2021). Tribunal Constitucional (14 de septiembre de 2021).

Expediente n.º 02503-2023-PHC/TC Lima (2023). Tribunal Constitucional del Perú (19 de julio de 2023).

Ley n.º 31118. Ley de Reforma Constitucional que Elimina la Inmunidad Parlamentaria. *Diario Oficial El Peruano* (6 de febrero de 2021).

Ley n.º 31308. Ley que modifica los artículos 450, 452, 453 y 454 del Código Procesal Penal, a fin de adecuarlos a la Ley 31118, Ley de reforma constitucional que elimina la inmunidad parlamentaria, y para establecer la competencia del órgano que resuelve la apelación en el proceso especial por razón de la función pública. *Diario Oficial El Peruano* (24 de julio de 2021).

Ley n.º 31592. Ley que modifica el Código Procesal Penal, Decreto Legislativo 957, en lo relacionado con la condena del absuelto, para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia del condenado. *Diario Oficial El Peruano* (26 de octubre de 2022).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas (1976).

Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa (1984).

Sentencia C-792/14. Corte Constitucional de Colombia (2014).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

Doctorando en Derecho y Ciencia Política en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (pregrado y posgrado). Máster Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y Compliance por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal/Criminal Compliance por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

Correspondencia

fernando.nunez@unmsm.edu.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 157-181

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.787

La omisión de pronunciamiento sobre los argumentos del administrado como causal de nulidad del acto administrativo

The omission of pronouncement on the arguments of the
administered as grounds for nullity of the administrative act

A ausência de decisão sobre os argumentos do órgão
administrativo como fundamento para a nulidade do ato
administrativo

JUAN JOSÉ LINARES SAN ROMÁN
Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)
Contacto: jlinares@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-0035-4074>

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre omisión de pronunciamiento por parte de la administración en relación con los argumentos y los medios probatorios presentados por los administrados, situación que no ha merecido mayor desarrollo en la doctrina que se aborda, pero que ha sido considerada como una causal de nulidad del acto administrativo en determinadas resoluciones judiciales, dado que se vulnera el principio del debido procedimiento administrativo y se incumple el requisito de motivación y, por ende, se afecta fuertemente el derecho de defensa del administrado. En esta línea, conviene profundizar y difundir sobre esta omisión como causal de nulidad del acto administrativo.

Palabras clave: derecho de defensa; debido procedimiento; acto administrativo; motivación; nulidad.

Términos de indización: procedimiento legal; administración pública; administración de justicia; sentencia judicial (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The present work deals with the omission of pronouncement by the administration in relation to the arguments and evidence presented by the administered, a situation that has not deserved further development in the doctrine addressed in it, but that has been considered as a cause of nullity of the administrative act in certain judicial decisions, given that the principle of due administrative procedure is violated and the motivation requirement is breached and, therefore, the right of defense of the company is strongly affected. In this line, it is convenient to deepen and disseminate this omission as grounds for nullity of the administrative act.

Key words: right of defense; due process; administrative act; motivation; nullity.

Indexing terms: judicial procedure; public administration; administration of justice; legal decisions (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O presente trabalho trata da omissão de pronunciamento por parte da administração em relação aos argumentos e provas apresentados pelas autoridades administrativas, situação que não foi aprofundada na doutrina abordada neste trabalho, mas que tem sido considerada como causa de nulidade do ato administrativo em determinadas decisões judiciais, uma vez que o princípio do devido processo administrativo é violado e o requisito de fundamentação não é cumprido, e, portanto, o direito de defesa da autoridade administrativa é fortemente afetado. Nesse sentido, é recomendável aprofundar e divulgar informações sobre essa omissão como causa de nulidade do ato administrativo.

Palavras-chave: direito de defesa; devido processo legal; ato administrativo; exposição de motivos; invalidez.

Termos de indexação: procedimento legal; administração pública; administração da justiça; sentença judicial (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 9/6/2023

Revisado: 28/6/2023

Aceptado: 13/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país se tramitan a diario miles de procedimientos ante entidades públicas, que concluyen con la emisión de actos administrativos, usualmente contenidos en resoluciones, mediante los cuales se puede afectar los derechos o los intereses de las personas (administrados) que acuden a formular alguna solicitud o pedido, o que son fiscalizadas y/o sancionadas por dichas resoluciones.

Dada la trascendencia que tienen los actos administrativos, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido, como requisito de validez, su motivación. Al respecto, en determinados casos la entidad administrativa omite pronunciarse sobre los argumentos que sustentan la solicitud o la defensa del administrado, lo que genera indefensión y no puede ser convalidado aduciendo que basta una motivación sucinta o no pormenorizada¹, dado que la omisión es total.

En este contexto, el artículo 148 de la Constitución² y el artículo 1 del TUO de la Ley n.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS³, establecen que los

1 Véase la STC Exp. n.º 01230-2002- HC/TC, f. 11.

2 Artículo 148. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

3 Artículo 1. Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones

administrados pueden recurrir ante el Poder Judicial a efectos de que, a través del proceso contencioso administrativo, se revisen las resoluciones administrativas que causen estado. Ello involucra a las actuaciones administrativas en general, así como a las actuaciones materiales no sustentadas en acto administrativo, el silencio administrativo, entre otras. De este modo, el control jurídico de la magistratura en la tutela de los derechos y los intereses de los administrados, en sede jurisdiccional, no solo se circunscribe a las resoluciones, como se precisa en el artículo 4 del TUO en mención.

Esta normativa ha generado la creación del derecho procesal administrativo, como señala Jiménez (2020) en los siguientes términos:

Se trata de una disciplina nacida a partir de las controversias que brotan en las relaciones jurídico-administrativas, alimentada por el derecho constitucional a la tutela judicial y por el principio de control inter órganos, que sigue los fines del derecho procesal y es complementada por el derecho procesal civil debido a la necesidad de instaurar entre las dos partes la igualdad procesal que no existió durante el ejercicio previo de la función administrativa. (p. 65)

De lo glosado, se aprecia que se va conformando una nueva rama del derecho procesal, con principios e instituciones propias, máxime si el proceso contencioso administrativo es la vía procedimental exclusiva para impugnar las actuaciones de la administración, salvo la recurrencia a los procesos constitucionales. Asimismo, la mencionada igualdad procesal que se establece entre los administrados y la administración permite concluir que esta última no podrá invocar al interior del proceso contencioso administrativo la prevalencia de alguna de sus facultades exorbitantes, dado que estas solamente tienen aplicación en el procedimiento administrativo.

de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.

Además, Huapaya (2019) indica lo siguiente:

Al ser la matriz constitucional de todos los procesos y consagrar el derecho fundamental de acceso a la justicia, la regulación constitucional del proceso contencioso-administrativo debe ser interpretada en función a los alcances de la tutela judicial efectiva, no al revés. En tal sentido, el proceso contencioso-administrativo es un proceso en el sentido estricto de la palabra. Al mismo se le deben aplicar todas las garantías, principios y derechos contenidos en el derecho a la tutela judicial efectiva. (p. 37)

En la práctica forense, es recurrente la denuncia de vulneración de los numerales 3 y 5⁴ del artículo 139 de la Constitución, esto es, el derecho al debido proceso y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, respectivamente, que se efectúa en los recursos de casación interpuestos en los procesos contencioso administrativos, a fin de que la Corte Suprema verifique si se han producido o no las infracciones denunciadas en aras de constatar el cumplimiento del derecho «y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional» (Hitters, 1984, p. 116).

A ello conviene agregar lo señalado por Danós (2021, p. 159), en el sentido de que el proceso contencioso administrativo constituye una de las tres garantías jurídicas de los administrados en relación con la Administración pública, conjuntamente con el procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración pública.

El mencionado control jurídico es una expresión del balance de poderes o de la fractura del poder, que identifica a un Estado de derecho

4 Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

y la vigencia de la democracia. De esta manera, se busca que el poder no se encuentre concentrado en una o pocas manos, sino que esté diversificado en varias entidades. Así tenemos que la doctrina y la normativa constitucional en Occidente ha señalado que deben existir pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los temporales detentadores del poder. Una expresión de ello es que las actuaciones administrativas deben ser controladas por los órganos jurisdiccionales.

En esta línea Dromi (2005) señala lo siguiente:

El poder elabora el derecho, pero a la vez se subordina a él, teniendo siempre como mentor un derecho anterior, que impone el reconocimiento de cualidades, libertades o derechos individuales esenciales que la naturaleza otorgó y el derecho positivo no hizo más que reconocer. Por ello, el mismo ordenamiento jurídico establece los controles del poder para salvaguardar la vigencia del derecho o el acatamiento del poder al derecho. (p. 185)

De esta manera se otorgan a la administración facultades exorbitantes, que constituyen una expresión del Estado como «persona poderosa», según considera Hobbes en su *Leviatán*; o que al ser mal utilizadas permiten la existencia del «gran hermano», como describe Orwell; más aún cuando en ciertos sectores existe una propensión a validar el poder de acuerdo con Gordillo (2003), quien, siguiendo a Popper, nos dice:

Esa falta de metodología y aceptación de la incertidumbre que es la única regla de toda ciencia lleva también a la búsqueda de la falsa certidumbre de justificar siempre y de cualquier manera el poder. [...] Esas afirmaciones —aún de buena fe— dogmáticas y erradas no son casuales ni objetivamente inocentes, proveen al lector y al intérprete de dos alimentos fundamentales: uno, *la certeza que no existe en la ciencia*; dos, *el servicio al poder de turno*. Dos consejos —o decisiones si de un Juez se trata— de un Maquiavelo con ropas modernas. (t. 1, pp. I-8, I-9)

En esta línea, en los supuestos en que la administración haga mal uso de sus facultades exorbitantes, los administrados pueden impugnar la actuación administrativa que los afecta, lo que conlleva a que soliciten tutela jurisdiccional efectiva ante el Poder Judicial a fin de que se haga justicia en el caso concreto. Este derecho fundamental, así como el principio del debido proceso, se encuentran contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros tratados, y en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución.

En nuestro país las entidades públicas *actúan como juez y parte* en la tramitación y la resolución de los procedimientos administrativos, procurando la tutela de los bienes jurídicos en salvaguarda del interés general; sin embargo, pueden cometer errores o abusos de poder al emitir sus decisiones o, lo que es peor, pueden actuar en función de un interés particular o de terceros, actos de corrupción que lamentablemente se producen con preocupante frecuencia. En este sentido, algunas autoridades administrativas proceden como si el poder que tienen fuera omnímodo y permanente, lo que debe ser remediado en sede jurisdiccional.

De esta forma, los administrados en ocasiones formulan pretensiones de nulidad de actos administrativos que consideran que vulneran sus intereses o sus derechos a través del proceso contencioso administrativo. En este contexto, los órganos jurisdiccionales deben desarrollar actuación imparcial, pues no cabe desestimar las demandas en beneficio de las entidades públicas al «subsanan» los errores contenidos en los actos administrativos que estas expiden, o al convalidar los abusos de poder cometidos por estas, ya que ello no solo deslegitimaría la actuación jurisdiccional, sino que además conllevaría la inutilidad del proceso contencioso administrativo para los administrados.

Sin embargo, tampoco se puede desconocer o recortar las facultades de las entidades públicas en los casos en que su actuación se ajusta a derecho, puesto que con ello se agraviaría el interés general. Es necesario que se reconozca que determinados administrados presentan demandas contencioso administrativas sin sustento legal y/o fáctico alguno, e intentan sorprender a los órganos jurisdiccionales, lo cual ciertamente es censurable y debería sancionarse.

De esta manera, en determinados casos se desestimarán las demandas contencioso administrativas presentadas por los administrados; asimismo, en otros casos se ampararán dichas demandas, lo que demostrará que los órganos jurisdiccionales actúan con imparcialidad y objetividad, como usualmente ocurre, salvo lamentables excepciones. Dicho esto, se descarta que exista alguna persona o entidad pública que siempre resulte vencedora en los procesos contencioso administrativos donde interviene como parte.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se advierte que varias entidades públicas ignoran los argumentos de los administrados cuando emiten actos administrativos, usualmente contenidos en resoluciones que afectan los derechos o los intereses de estos últimos. Ello genera una absoluta indefensión para los administrados, quienes resultan una suerte de convidados de piedra, pues dichas entidades proceden por sí y ante sí al soslayar sus argumentos, sin que se posibilite la refutación o contradicción de las imputaciones o los cargos dirigidos en su contra. Ciertamente esta situación no puede convalidarse mediante la figura de la conservación del acto administrativo, ya que dicha omisión resulta un vicio trascendente y no es posible subsanar un pronunciamiento inexistente de la entidad.

Esta situación lleva a que los administrados afectados recurran al Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo, lo cual incrementa la carga procesal de manera innecesaria, en razón de que en determinados casos sus argumentos de defensa resultan adecuados para levantar las imputaciones o los cargos atribuidos en sede administrativa.

Sobre el particular, resulta conveniente exponer dos casos reales que permiten conocer cómo se plasma este problema en la realidad.

El primero trata de un procedimiento administrativo sancionador en el cual se impuso una sanción (multa) al administrado producto del levantamiento de una fotopapeleta. Sin embargo, se trataba de una clonación de placa de rodaje, pues si bien el vehículo que aparecía en la fotopapeleta tenía una placa que correspondía a un auto del sancionado —quien interpuso una denuncia policial por clonación de placa—,

poseía características diferentes (marca, máscara, faros y parabrisas distintos), cuya copia certificada presentó a la entidad administrativa, junto con la tarjeta de propiedad de su vehículo y fotografías.

Al respecto, la entidad administrativa omitió la valoración de los argumentos de defensa y los medios probatorios ofrecidos por el administrado, se limitó a reiterar su competencia, la infracción atribuida al administrado y la sanción respectiva, para luego describir sucintamente las circunstancias en que se tomó la fotopapeleta y, por último, confirmar la sanción impuesta.

En sede jurisdiccional, el sancionado demandó la nulidad del acto administrativo en cuestión, lo que originó el Exp. n.º 9822-2014 seguido ante el Décimo Quinto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, donde, en primer término, se otorgó una medida cautelar para detener la ejecución de la citada multa y, posteriormente, se declaró fundada la demanda. Esta fue confirmada mediante la sentencia de vista del 16 de mayo de 2019, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima, lo que fue consentido por la autoridad administrativa.

De no haberse omitido el pronunciamiento sobre el argumento y los medios probatorios del administrado sancionado, se hubiera podido verificar que se trataba de un caso de clonación de placa y, por ende, correspondía anular la sanción de multa. No obstante, se obligó al administrado a seguir un proceso judicial con todo el esfuerzo, el gasto y el tiempo que ello requiere, simplemente porque los funcionarios de la entidad emplazada ignoraron ex profeso el referido argumento y sus medios probatorios.

El segundo caso fue resuelto mediante la Casación n.º 661-2020 Lima, del 17 de noviembre de 2020, emitida por la Sala de Derecho Constitucional Social y Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Se trata de otro procedimiento administrativo sancionador en el cual una administrada fue sancionada con una multa y la demolición de una construcción por parte de una comuna distrital.

La administrada arguyó, en sede administrativa, que al inicio del procedimiento se había omitido comunicarle la descripción detallada de los hechos que son materia de infracción, con lo que se vulneró el

principio de tipicidad; asimismo, que la referida construcción se había realizado dos años antes, para lo cual se contó con la autorización de la entidad municipal y, además, que en el inmueble en cuestión no existe un interior K, como se consignaba en un acta de inspección levantada por personal de la emplazada.

En sede jurisdiccional, se determinó que la entidad edilicia no cumplió con remitir a la administrada la documentación vinculada al procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, no se efectuó un pronunciamiento en relación con los argumentos esgrimidos por esta. Por ende, se vulneró el derecho de defensa de la demandante, pues las resoluciones administrativas impugnadas carecen de una debida motivación; en consecuencia, se desestimó el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada.

3. EL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Sobre la motivación de los actos administrativos García de Enterría señala:

Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto. (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 608)

Al respecto, corresponde señalar que el fijar los hechos para realizar la subsunción a la norma jurídica aplicable al caso concreto implica que se verifique la existencia de lo alegado al respecto por el administrado, esto es, que se constate o se descarte dicha afirmación. Asimismo, debe tenerse presente lo expresado por el administrado respecto a la norma jurídica aplicable, a su interpretación, su vigencia en el tiempo y demás argumentos jurídicos que se hubieran esgrimido, referidos directamente a la controversia que mantiene con la administración.

Por su parte, Gordillo (2003) resalta la trascendencia de la motivación del acto administrativo en los siguientes términos: «La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos» (t. 3, p. X-14).

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos que la motivación del acto administrativo constituye un requisito de validez (numeral 4 del artículo 3 del TUO de la Ley n.º 27444 aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS⁵), por lo cual su incumplimiento constituye un vicio que genera la nulidad de pleno derecho; asimismo, en el artículo 6 de esta norma⁶, intitulado «Motivación del acto administrativo», se señala

5 Artículo 3. Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

[...]

4. Motivación. El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

6 Artículo 6. Motivación del acto administrativo

6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

6.4. No precisan motivación los siguientes actos:

en qué consiste, así como la forma en que debe realizarse y los actos que no precisan de motivación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, que recae en el Exp. n.º 06256-2013-PA/TC, numeral 5 de la parte considerativa, hace una remisión a sus anteriores pronunciamientos sobre la motivación del acto administrativo, de la cual se pueden extraer las siguientes reglas: (i) consiste en el derecho a la certeza, esto es, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican; (ii) establece un exigencia ineludible para todo tipo de acto administrativo, tanto los emanados de potestad reglada como discrecional; (iii) resulta una exigencia o una condición impuesta para la vigencia del principio de legalidad; (iv) la falta de motivación o su insuficiencia constituyen una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida que es una condición impuesta por la Ley n.º 27444. La falta de fundamento racional suficiente de la actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.

Las mencionadas reglas establecidas por el Tribunal Constitucional se refieren a los actos administrativos que requieren de motivación. La ausencia o la deficiencia de esta generan su impugnación en sede judicial; por ende, se debe precisar que no se refieren a los actos que no requieren de motivación de acuerdo con el numeral 6.4 del artículo 6 del TUO de la Ley n.º 27444, como las decisiones de mero trámite, cuando se estima procedente lo pedido por el administrado y no se afecta a terceros, o aquellos que requieren de motivación única dada la gran cantidad de actos sustancialmente similares.

De esta forma la motivación del acto administrativo debe ser expresa, esto es, no puede sobrentenderse o considerarse implícita, puesto que debe contener una relación directa de los hechos probados relevantes del caso específico. Ello implica que se verifique la existencia

6.4.1. Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2. Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3. Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

de los hechos expuestos por el administrado, es decir, que se constaten o descarten, como se ha indicado anteriormente. Asimismo, se deben consignar las respectivas razones jurídicas normativas, para ello debe tenerse presente lo expresado por el administrado en relación con la norma jurídica aplicable, su interpretación, su vigencia en el tiempo y demás argumentos jurídicos que hubiera esgrimido, como también se ha señalado precedentemente.

4. LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO RELACIONADAS CON LA MOTIVACIÓN

La experiencia que se extrae de la casuística de los miles de procesos tramitados ante los órganos jurisdiccionales, que conocen y resuelven procesos contencioso administrativos —de los cuales el articulista ha formado parte durante catorce años—, indica que son dos las causales de nulidad del acto administrativo más alegadas, se trata de las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 del TUO de la Ley n.º 27444, que a la letra prescriben:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.

4.1. La causal prevista en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la Ley n.º 27444

Sobre el particular, Morón (2018) comenta: «La contravención a las normas jurídicas es la primera causal de anulación de un acto administrativo, pues ninguna autoridad puede pretender sobrepasar los límites legales o actuar al margen de ella» (p. 249). Al respecto, invocando esta causal de nulidad de actos administrativos, se alega usualmente la vulneración al principio del debido procedimiento, el cual resulta trascendental para la correcta tramitación y resolución de los procedimientos

administrativos. Este se encuentra regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del mencionado TUO, de la siguiente forma:

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; **a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas** [énfasis añadido]; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia del Exp. n.º 06256-2013-PA/TC, numeral 1 de la parte considerativa, ha señalado que el derecho constitucional al debido proceso previsto en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución establece un principio que también rige el procedimiento administrativo.

De lo expuesto emana en forma meridiana que a los administrados se les reconoce expresamente el ejercicio del derecho de defensa⁷, esto es, que puedan expresar los fundamentos jurídicos y fácticos que convengan a sus derechos o intereses jurídicos. Por tanto, las entidades administrativas no deberían soslayarlos o minimizarlos al momento de emitir el acto administrativo respectivo, pues con ello se vulnera el principio del debido procedimiento administrativo y el derecho de defensa en perjuicio de los administrados.

En este sentido, resulta evidente que la refutación de cargos, la exposición de argumentos y la presentación de alegatos por parte del administrado constituyen un elemento medular de su ejercicio del

7 En la STC n.º 06256-2013-PA/TC se hace una remisión a la STC n.º 4289-2004-AA/TC, donde se puntualiza que el debido proceso administrativo supone el respeto de todos los principios y derechos contenidos en el artículo 139 de la Constitución, entre los que se encuentra el derecho de defensa del administrado.

derecho de defensa, quien pretende desvirtuar las infracciones que se le imputan o demostrar que ha cumplido con los requisitos previstos en la ley para obtener una declaración o un reconocimiento por parte de la administración.

En consecuencia, la exposición de argumentos jurídicos y fácticos debe ser admitida o refutada por la administración de acuerdo con lo acreditado en el caso concreto. Es decir, importa la emisión de un pronunciamiento adecuado sobre dichos argumentos, ello en función de lo dispuesto en el principio de debido procedimiento administrativo, y sobre todo en respeto a la dignidad del administrado, principio que rige transversalmente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que cuando se ignoran sus argumentos se afecta su dignidad como persona.

De esta manera, la refutación de cargos, que tiene como propósito levantar las imputaciones que se le formulan al administrado, referidas a la comisión de una infracción administrativa, implica que tendrá que brindar la propia versión de lo sucedido. Ello, por supuesto, deberá acreditarse con documentación pertinente e idónea, sin la exigencia de la presentación de aquella que la administración tenga en su poder, que haya sido expedida por esta, así como de los demás supuestos contemplados en el artículo 48 del TUO de la Ley n.º 27444⁸.

8 Artículo 48. Documentación prohibida de solicitar

48.1. Para el inicio, prosecución o conclusión de todo procedimiento, común o especial, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga:

48.1.1. Aquella que la entidad solicitante genere o posea como producto del ejercicio de sus funciones públicas conferidas por la Ley o que deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada.

48.1.2. Aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde a la propia entidad recabarla directamente.

4.2. La causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 10 del TUO de la Ley n.º 27444

Al respecto, debe indicarse que uno de los requisitos de validez del acto administrativo es la motivación de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 del mismo cuerpo de leyes, que prescribe: «El

-
- 48.1.3. Presentación de más de dos ejemplares de un mismo documento ante la entidad, salvo que sea necesario notificar a otros tantos interesados.
 - 48.1.4. Fotografías personales, salvo para obtener documentos de identidad, pasaporte o licencias o autorizaciones de índole personal, por razones de seguridad nacional y seguridad ciudadana. Los administrados suministrarán ellos mismos las fotografías solicitadas o tendrán libertad para escoger la empresa que las produce, con excepción de los casos de digitalización de imágenes.
 - 48.1.5. Documentos de identidad personal distintos al Documento Nacional de Identidad. Asimismo, solo se exigirá para los ciudadanos extranjeros carné de extranjería o pasaporte según corresponda.
 - 48.1.6. Recabar sellos de la propia entidad, que deben ser acopiados por la autoridad a cargo del expediente.
 - 48.1.7. Documentos o copias nuevas, cuando sean presentadas otras, no obstante haber sido producidos para otra finalidad, salvo que sean ilegibles.
 - 48.1.8. Constancia de pago realizado ante la propia entidad por algún trámite, en cuyo caso el administrado solo queda obligado a informar en su escrito el día de pago y el número de constancia de pago, correspondiendo a la administración la verificación inmediata.
 - 48.1.9. Aquella que, de conformidad con la normativa aplicable, se acreditó o debió acreditarse en una fase anterior o para obtener la culminación de un trámite anterior ya satisfecho. En este supuesto, la información o documentación se entenderá acreditada para todos los efectos legales.
 - 48.1.10. Toda aquella información o documentación que las entidades de la Administración Pública administren, recaben, sistematicen, creen o posean respecto de los usuarios o administrados que están obligadas a suministrar o poner a disposición de las demás entidades que las requieran para la tramitación de sus procedimientos administrativos y para sus actos de administración interna, de conformidad con lo dispuesto por ley, decreto legislativo o por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros. Los plazos y demás condiciones para la aplicación de lo dispuesto en el presente numeral a entidades de la Administración Pública distintas del Poder Ejecutivo, son establecidos mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico».

En esta línea, un acto administrativo no estará debidamente motivado cuando se ignoran los argumentos y los medios probatorios presentados por el administrado, ya que el numeral 5.4 del artículo 5 del TUO precitado establece claramente:

El contenido debe comprender **todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados** [énfasis añadido], pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.

Resulta obvio que si la autoridad administrativa puede apreciar de oficio cuestiones de hecho y derecho que no han sido planteadas por los administrados, con mayor razón tiene la obligación de pronunciarse en relación con aquellas que sí lo han sido, no puede proceder de otra manera en aras del cumplimiento del requisito de motivación que todo acto administrativo debe contener.

En consecuencia, los argumentos y las cuestiones de hecho y de derecho esgrimidas por los administrados no pueden ser intencional y deliberadamente ignorados por la entidad administrativa, como lamentablemente ocurre en algunos sectores, lo cual se constata del contenido de las resoluciones respectivas donde brillan por su ausencia los mencionados argumentos y cuestiones, motivo por el cual estas deberían ser anuladas en sede jurisdiccional.

Sobre el tema Guzmán (2011) refiere lo siguiente: «Falta de motivación. Si el acto está fundado en elementos falsos es arbitrario y por ello nulo. Asimismo, es nulo el acto que adolece de motivación aparente, como hemos visto anteriormente» (p. 407). Al respecto, la omisión de pronunciamiento de medios probatorios del administrado, que acreditan la falsedad de los elementos del acto administrativo emitido en su agravio, permiten concluir que este resulta nulo, como ocurrió en el caso

materia del Exp. n.º 9822-2014 seguido ante el Décimo Quinto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, antes expuesto.

De otro lado, esta negativa omisión por parte de determinados sectores de la administración en nuestro país no ha sido materia de estudio en la autorizada doctrina citada en el presente trabajo. Ello también sucede en otros países como Colombia, así podemos citar a Milkes (2019), quien, sobre la motivación de los actos administrativos, apunta:

La necesidad de la comunidad a estar informada se traduce en la plena garantía de los destinatarios de las decisiones de la Administración de cara a la defensa y protección a su derecho a un debido proceso. Se trata, de igual forma, de una fundamentación donde la autoridad que toma una decisión expone las razones por las que el órgano administrativo tomó cierta decisión, las cuales pueden consistir en fundamentos de derecho o en hecho. (p. 163)

De lo glosado, se evidencia que no se hace mención alguna a los casos en que la autoridad administrativa omite efectuar el debido pronunciamiento respecto a los argumentos del administrado, como uno de los supuestos de incumplimiento del requisito de motivación que acarrea la nulidad del acto administrativo.

Igualmente, podemos citar a la autora española De la Fuente (2020), quien, respecto a la motivación de los actos administrativos, señala:

En definitiva, podemos dividirlo en cuatro caracteres. En primer lugar, la motivación permite conocer los motivos de una decisión para poder contrastarlos jurídicamente y en su caso, impugnarla. En segundo lugar, los interesados tienen derecho a conocer las razones de las decisiones administrativas que les afecten. En tercer lugar, es un instrumento para poder defender sus derechos e intereses legítimos. Además de ser una forma de control social de la administración. Y, en cuarto lugar, la exigencia legal de motivación no se ciñe a aquellos casos en que el acto desfavorablemente a derechos e intereses individuales legítimos, sino que alcanza a otro muchos, en el derecho europeo a todos los actos jurídico [sic]. (p. 11)

Nuevamente se constata que no se hace alusión a los supuestos de omisión de pronunciamiento respecto a los argumentos del administrado, como un incumplimiento del requisito de motivación que acarrea la nulidad del acto administrativo.

Además, conviene enfatizar que la ausencia de motivación no puede ser superada aplicando la conservación del acto administrativo, prevista en el artículo 14 del mencionado TUO de la Ley n.º 27444⁹, en razón de que dicha omisión es un vicio trascendente que no puede ser enmendado o convalidado en sede jurisdiccional, en la medida que afecta gravemente el derecho de defensa del administrado, como se ha indicado precedentemente.

También ocurre en algunos casos que si bien se consignan dichos argumentos en la resolución administrativa, no se emite pronunciamiento alguno al respecto. Esta negativa actuación constituye también una transgresión del principio del ejercicio legítimo del poder contemplado en el numeral 1.17 del mencionado artículo IV del citado TUO¹⁰, el cual proscribe la arbitrariedad.

Sobre el particular, el maestro Recaséns Siches (1961) refiere lo siguiente: «se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos (y con irresistible fuerza impositiva) e inapelables, dictados por órganos del poder público» (p. 213). En consecuencia:

9 Artículo 14. Conservación del acto

14.1. Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora. [...]

10 Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo.

[...]

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder. La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

la arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la substituya. (p. 215)

Al respecto conviene resaltar que el abuso del poder o autoritarismo tiene una vieja raigambre en nuestro país, pues son de conocimiento general los casos en que autoridades estatales elegidas o designadas cometen actos arbitrarios bajo la supuesta cobertura que el cargo les otorgaría, lo que genera que sean recurrentemente denunciados o demandados ante las instancias correspondientes, como se puede comprobar a diario en la cobertura que brindan los medios de comunicación a dicho tema.

La mencionada conducta autoritaria resulta indefendible dado que de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Política del Perú¹¹, dichas autoridades son servidores públicos de la nación, es decir, deben prestar un servicio idóneo, eficaz y efectivo a favor de los ciudadanos del país.

Lo anterior descarta de plano la convalidación por parte de los órganos jurisdiccionales de un actuación arbitraria efectuada por la administración que afecte el derecho de defensa de los administrados y el deber de motivación de los actos administrativos. Ello también colisiona con el principio de imparcialidad que proscribe un trato discriminatorio respecto a los administrados, el cual tiene su correlato en el principio de igualdad desarrollado en el numeral 2 del artículo 2 del TUO de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo precitado, donde claramente se establece una similar condición jurídica entre la entidad pública y el administrado.

11 Artículo 39. Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

5. CONCLUSIONES

La principal e inevitable conclusión que emerge de lo anteriormente expuesto es que los actos administrativos en los que se omiten los argumentos de los administrados incurren en las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 del TUO de la Ley n.º 27444, por la clara violación del principio del debido procedimiento y del deber de motivación, respectivamente, lo cual afecta su derecho de defensa y, además, conlleva también la vulneración de los principios de igualdad y del ejercicio legítimo del poder, así como la dignidad del administrado.

Además, conviene reiterar que la ausencia de motivación no puede ser superada aplicando la conservación del acto administrativo, prevista en el artículo 14 del mencionado TUO de la Ley n.º 27444¹², en razón de que dicha omisión es un vicio trascendente que no puede ser enmendado o convalidado en sede jurisdiccional, en la medida que afecta de forma grave el derecho de defensa del administrado, como se ha indicado precedentemente.

Dada esta indeseable situación, lo que corresponde es que los órganos jurisdiccionales, otorgando tutela jurisdiccional efectiva, anulen los referidos actos administrativos y brinden una plena jurisdicción cuando es requerida por los administrados, con el propósito de poner fin a la controversia materia del proceso respectivo en forma definitiva, es decir, con la garantía de la cosa juzgada, dado que los procesos contencioso administrativos tienen como objeto el control jurídico de las actuaciones administrativas, y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, lo que descarta una actuación parcializada a favor de la administración.

Además, en estricta aplicación del principio de responsabilidad recogido en el numeral 1.18 del artículo IV del Título Preliminar del TUO

12 Artículo 14.- Conservación del acto

14.1. Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora. [...]

de la Ley n.º 27444 precitado¹³, las entidades, los funcionarios y los servidores públicos que hayan generado la nulidad de un acto administrativo al ignorar los argumentos del administrado, deben responder por los daños ocasionados a este último, como puntualmente se señala en esta norma, en el sentido de que «las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico».

Como se sabe, las consecuencias en cuestión están contempladas en el artículo 260¹⁴ y siguientes del mencionado TUO de la Ley n.º 27444, donde se indica que las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos administrativos. Se precisa que la indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Al respecto, las entidades públicas deberían repetir los montos indemnizatorios que tengan que abonar frente a los funcionarios y los servidores que omitieron pronunciarse sobre los argumentos de los administrados en ejercicio de su derecho de defensa, no es justo que el

13 Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo.

[...]

1.18. Principio de responsabilidad.- La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

14 Artículo 260. Disposiciones Generales

260.1. Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas.

[...]

Estado deba pagar esos montos debido a una actuación arbitraria o negligente de dichas personas.

De otro lado, conviene reiterar que existen casos en los cuales los administrados presentan demandas contencioso administrativas sin sustento legal y/o fáctico alguno, e intentan sorprender a los órganos jurisdiccionales, por lo que corresponde desestimarlas, dado que la actuación de las entidades públicas se ajusta a derecho y en resguardo del interés general. Asimismo, se debería sancionar a aquellos que han actuado con manifiesta temeridad procesal.

REFERENCIAS

- Danós, J. (2022). La evolución de las garantías jurídicas de los administrados en el Perú. *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo*, (1), 157-223.
- De la Fuente, N. (2020). *La motivación de los actos administrativos* [Trabajo de fin de grado, Universidad de Valladolid]. Repositorio documental. https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/46918/TFG-D_01040.pdf?sequence=1
- Dromi, R. (2005). *Derecho administrativo* (t. I). Gaceta Jurídica.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de derecho administrativo* (t. I). Palestra; Temis.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo* (tt. 1 y 3). Fundación de Derecho Administrativo.
- Guzmán, C. (2011). *Tratado de la Administración pública y del procedimiento administrativo*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Hitters, J. C. (1984). *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*. Librería Editora Platense.
- Huapaya, R. (2019). *El proceso contencioso-administrativo*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Jiménez, J. (2020). El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 11(13), 41-79. <https://doi.org/10.35292/ropj.v11i13.39>

Milkes, I. (2019). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 153-178. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rdigdad21&div=10&id=&page=>

Morón, J. C. (2018). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (t. 1). Gaceta Jurídica.

Recaséns, L. (1961). *Tratado general de filosofía del derecho*. Porrúa.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 661-2020-Lima (2020). Corte Suprema de Justicia de la República (17 de noviembre de 2020).

Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. *Diario Oficial El Peruano* (25 de enero de 2019).

Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS. Decreto Supremo que Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. *Diario Oficial El Peruano* (4 de mayo de 2019).

Expediente n.º 06256-2013-PA/TC (2013). Tribunal Constitucional (10 de diciembre de 2015). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/06256-2013-AA.pdf>

Expediente n.º 9822-2014 (2014). Corte Superior de Justicia de Lima.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

Agradecimientos a la correctora de textos.

Biografía del autor

Nacido en Lima, se tituló como abogado, magíster y doctor en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ingresó al Poder Judicial el año 1994 y se desempeñó como juez de trabajo; luego el 2009 ascendió a juez superior; actualmente labora como juez supremo provisional. Profesor de la Academia de la Magistratura y de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

Correspondencia

jlinares@pj.gob.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 183-202

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.824

Cuestionamientos a la exigencia de equiparar «origen ilícito» con «injusto penal genérico» en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017

Questions to the requirement to equate “illicit origin” with
“generic criminal injustice” in the Plenary Cassation Judgment
No. 1-2017

Questionamentos à exigência de equiparação de “origem ilícita”
a “injustiça penal genérica” no Acórdão de Cassação Plenário
nº 1-2017

RUDY SANTIAGO GUZMÁN FIESTAS
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: rudy.guzman@pucp.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4131-8667>

RESUMEN

La presente contribución tiene como objetivo determinar si en todos los casos se debe equiparar origen ilícito con injusto genérico, conforme lo establece el fundamento 19 de la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017. Se propone que tal equiparación se exija a partir de que la actividad criminal sea descubierta, pero no para los casos en que no lo haya sido. En este último supuesto su acreditación es posible mediante el método de la prueba indiciaria, excluyendo otros posibles orígenes ilícitos distintos al penal.

Palabras clave: lavado de activos; actividad criminal previa que no haya sido descubierta; irrelevancia del nombre del injusto; prueba indiciaria; defensa procesal.

Términos de indización: crimen; sanción penal; procedimiento legal; administración de justicia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The objective of this contribution is to determine if in all cases prior criminal activity should be equated with unfair, as established in foundation 19 of Plenary Cassation Judgment No. 1-2017. It is proposed that such equalization be required as soon as the criminal activity is discovered, but not for cases in which it has not been. In the latter case, its accreditation is possible through the circumstantial evidence method, excluding other possible illegal origins other than criminal.

Key words: money laundering; previous criminal activity that has not been discovered; irrelevance of the name of the unjust; circumstantial evidence; procedural defense.

Indexing terms: crime; penal sanctions; judicial procedure; administration of justice (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo desta contribuição é determinar se em todos os casos a atividade criminosa anterior deve ser equiparada a injusta, conforme estabelecido na fundação 19 da Sentença de Cassação Plenária No. 1-2017. Propõe-se que tal equiparação seja exigida tão logo seja descoberta a atividade criminosa, mas não para os casos em que não o tenha sido. Neste último caso, a sua acreditação é possível através do método da prova circunstancial, excluindo outras possíveis origens ilícitas que não sejam criminosas.

Palavras-chave: lavagem de dinheiro; atividade criminosa anterior que não foi descoberta; irrelevância do nome do injusto; prova circunstancial; defesa processual.

Termos de indexação: crime; sanção penal; procedimento legal; administração da justiça (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 3/8/2023

Revisado: 14/8/2023

Aceptado: 15/4/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

En la Casación n.º 92-2017-Arequipa, del 8 de agosto de 2017, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante la exigencia de acreditar, en el delito de lavado de activos, un nexo de causalidad entre el activo generado y la actividad criminal previa, y que de esta se acredite su gravedad, sus efectos lesivos y el detalle de tiempo y lugar. Tal casación fue objeto de innumerables cuestionamientos, pues en la práctica hacía inaplicable aquel delito. Producto de ello, se emitió la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017, del 11 de octubre de 2017, se dejó sin efecto el carácter vinculante de la precitada casación y se equiparó, conforme a su fundamento 19, la «actividad criminal previa» con el «injusto genérico»: «basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico —de un injusto penal—».

En este contexto, la presente contribución tiene como objeto determinar si resulta viable o no, en todos los casos, tal equiparación, pues el artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106 permite sancionar el lavado de activos en supuestos en que aquella no haya sido descubierta.

La hipótesis asumida es que ello solo es viable a partir de que la actividad criminal es descubierta, pero no para los casos en que no lo haya sido. Este último supuesto se acredita a través del método de la prueba indiciaria, excluyendo otros posibles orígenes ilícitos distintos al penal.

La justificación de la investigación radica en aportar argumentos que permitan una aplicación de todos los extremos del artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106, puesto que en la práctica, mediante la sentencia plenaria, estaría siendo limitado al exigirse la mención del tipo penal precedente.

En coherencia con lo expuesto, dividimos el trabajo en dos secciones, la primera, en el desarrollo del problema y, la segunda, en la fundamentación de nuestra posición, solucionando así la cuestión problemática.

2. DESARROLLO DEL PROBLEMA

En el Perú, el legislador permite sancionar el lavado de activos a pesar de que la actividad criminal previa no haya sido descubierta, conforme lo establece el artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas [...]».

Este extremo de la norma permite justificar que en el Acuerdo Plenario n.º 3-2010, del 16 de noviembre de 2010, no se exija al agente el conocimiento del nombre del delito previo: «18. [...] no es una exigencia del tipo penal que el **agente conozca de qué delito previo se trata** [...]. 31. [...] Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y circunstancia pero **no a la calificación jurídica** [énfasis añadido]».

Asimismo, que en el fundamento 21 de la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017 solo se requiera el conocimiento de la anormalidad de la operación y la inferencia que el activo proviene de una actividad criminal, pero no el conocimiento de un injusto o nombre de un tipo penal precedente:

21.º [...] subjetivamente, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo [...] (sin que este conocimiento sea preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo de los activos, pues **basta la conciencia de la anormalidad de la operación** [énfasis añadido] a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal) [...].

En virtud de ello, al comprender el dolo todos los elementos del tipo, es que al no exigirse el conocimiento del nombre del tipo penal

previo, entonces, este no pertenece a la estructura del tipo penal de lavado de activos, y no es objeto de prueba.

Sin embargo, en contradicción a lo mencionado en los párrafos precedentes, en la misma sentencia plenaria casatoria, en el fundamento 19, se equipara la actividad criminal previa con un injusto genérico: «basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico —**de un injusto penal** [énfasis añadido]—».

Al respecto, «en el concepto de injusto se reúnen las tres categorías delictivas de acción, tipicidad y antijuricidad [...] presupone un tipo penal» (Roxin, 2009, p. 558), razón por la cual, en lo referente al lavado de activos, se estaría exigiendo el nombre de un tipo penal precedente.

Esto se ratifica con los fundamentos 24 y 25 de la precitada sentencia:

24. [...]

B. La sospecha reveladora [...] **el nivel de fijeza** de la actividad criminal previa, siempre presente por estar incorporada al tipo penal de lavado de activos, **es intermedio**. Se debe indicar **de qué actividad genéricamente advertida se trata** [...].

C. La sospecha suficiente [...] en lo atinente al delito de lavado de activos, **debe mencionarse la actividad criminal precedente**, en los ámbitos y conforme a las acotaciones ya anotadas, de la que proceden los activos cuestionados [...].

25. [...] Conforme avanzan las averiguaciones, **el grado de determinación** de la actividad criminal previa, apta o capaz para generar determinados activos objeto de lavado, **se va ultimando** [énfasis añadido] [...].

Entonces, requiriendo la mención de un tipo penal previo, se restringe tácitamente la aplicación del supuesto de «que la actividad criminal no haya sido descubierta»; asimismo, se estaría afirmando que el nombre del tipo penal previo es un elemento del tipo penal de lavado de activos, por tanto, objeto de prueba, razón por la cual el agente tendría que conocerlo y la fiscalía o el juez mencionarlo.

3. TOMA DE POSICIÓN

Consideramos que la equiparación de actividad criminal con injusto genérico no debe ser exigida en todos los casos, pues se inaplicaría en parte el artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106. Su identificación sí opera a partir de que aquella sea: (a) descubierta pero no investigada, (b) objeto de investigación, (c) objeto de proceso, (d) objeto de prueba, u (e) objeto de condena. La acreditación de una actividad criminal previa que no haya sido descubierta es posible en tanto se excluyan otros posibles orígenes ilícitos distintos al penal, para ello se recurre al método de la prueba indiciaria.

Defendemos nuestra posición en virtud de los siguientes argumentos:

3.1. Por reglas de la interpretación

3.1.1. Interpretación literal

El artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106 cuenta con la siguiente redacción: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas».

La conjunción copulativa «y» permite sostener que el supuesto que estudiamos se aplica en tres escenarios:

- 1) [...] para su investigación [...] no es necesario que las actividades criminales que produjeron el [...] hayan sido descubiertas [...].
- 2) [...] para su procesamiento [...] no es necesario que las actividades criminales que produjeron el [...] hayan sido descubiertas [...].
- 3) [...] para su sanción [...] no es necesario que las actividades criminales que produjeron el [...] hayan sido descubiertas [...].
(Guzmán, 2023, párrs. 19-21)

Entonces, la norma no restringe este supuesto solo a la fase preliminar, como propone Oré Sosa (2017):

la mención de la ley de que no es necesario que las actividades criminales que produjeron los bienes *hayan sido descubiertas* guarda relación con aquellos casos en los que existiendo elementos de sospecha sobre la comisión de un delito de lavado de activos, no es posible aún —pues eso es lo que justamente se ha de investigar a nivel de diligencias preliminares— determinar el origen delictivo de los bienes. (pp. 2-3)

Si queremos ser coherentes con este supuesto de la norma, se ha de sostener que resulta factible investigar, procesar y sancionar el lavado sin la obligación de mencionar el nombre del tipo penal previo, como de identificar injusto con actividad criminal.

3.1.2. Por interpretación histórica

De la revisión de la regulación del delito de lavado de activos, se advierte la finalidad del legislador de distanciarlo el máximo posible de la actividad criminal previa. En efecto, en un primer momento, se le vinculó solo al tráfico ilícito de drogas, conforme el Decreto Legislativo n.º 736, publicado el 12 de noviembre de 1991, y el Decreto Ley n.º 25428, del 11 de abril de 1992. Luego, con la Ley n.º 27765 se señala ejemplos de cuáles califican como tal, haciéndose referencia a «conductas punibles» que generan ganancias ilegales, y se le restringe a las similares que se regularon en su artículo 6. Posteriormente, en el Decreto Legislativo n.º 1106 ya no se hace referencia a lo punible, similar o exigir concretamente que genere ganancias ilegales, sino que se emplea el término «actividad criminal», cualquiera que sea, poniendo el acento en su capacidad de generar ganancias ilícitas. Por último, de los tres supuestos reconocidos en la Ley n.º 27765, que no esté sometida a: (i) investigación, (ii) proceso o (iii) sentencia condenatoria, se agregan dos más: (a) que no haya sido descubierta o (b) que no haya sido objeto de prueba.

Entonces, con este último supuesto, el legislador ratifica el distanciamiento del lavado de activos del hecho precedente, facultando la sanción de aquel sin la mención del nombre de la actividad criminal

previa; en caso contrario, se hubiera regulado la investigación, el proceso y la sanción del lavado a partir de que aquella haya sido descubierta.

3.1.3. Por interpretación teleológica

La Sentencia Plenaria Casatoria es clara en señalar que no se debe reducir teleológicamente el artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106 exigiendo concreción y especificidad del hecho delictivo previo.

Expresó lo siguiente:

12. [...] No cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad [...] obstruir o evitar la [...] sanción de un delito de relevante significado político criminal como el lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la **calidad, circunstancias, actores o destino jurídico** [énfasis añadido] que correspondan a los delitos precedentes que pudieron dar origen o de los cuales derivaron los bienes objeto de posteriores operaciones de colación, intercalación o integración.

También:

19. [...] Las «actividades criminales» (artículo 10) [...] vista incluso la propia dicción de la citada disposición legal, no puede entenderse como la determinación de la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada **naturaleza, cronología, intervención o roles de diversos agentes individualizados y objeto** [énfasis añadido]. No es un requisito indispensable para [...] emitirse condena por este delito de lavado de activos. Por lo demás, la especificidad de un delito previo no es el objeto de la acusación y de la sentencia.

En virtud de ello, para la sanción del lavado no es necesario que se identifique de la actividad criminal precedente su *calidad, actores, roles* de los agentes, *circunstancias, destino jurídico, naturaleza, cronología* y *objeto*.

3.2. Por ser el error irrelevante sobre el nombre

Si el injusto previo fuera exigible, entonces de desconocer el agente en su representación el nombre del tipo penal que lo compone, se tendría que alegar la existencia del error, excluyendo la responsabilidad; sin embargo, Aránguez Sánchez (2000) considera que el error en el nombre del delito previo es irrelevante, equiparable al error *in personam* en un delito de homicidio:

Por ejemplo, el blanqueador sabe que una organización se dedica al secuestro, a la prostitución mediante coacción y a la explotación de menores en espectáculos pornográficos, pero desconoce el origen exacto de la cantidad que esta organización entrega para su blanqueo, que puede encontrarse en cualquiera de los delitos antes mencionados. En tal caso el error es irrelevante, pues la desviación entre el origen supuesto y el real no traspasa la frontera de la esencialidad. Sería un error equiparable a un error *in personam* en un delito de homicidio. Tal desconocimiento no afecta a la calificación jurídica de los hechos. (p. 289)

Cuestión distinta es si el agente cree que el lavado de activos que viene realizando tiene su origen en ilícitos civiles, administrativos o, incluso, en delitos excluidos por el tipo penal (artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106) (Gálvez, 2018, pp. 123-124).

3.3. Por características criminológicas del lavado de activos

El lavado de activos es un delito no convencional, en el que para su comisión los lavadores se valen de múltiples técnicas que permiten alejar el máximo posible la mácula delictiva del activo. Una primera característica es que se materializan observando en la mayoría de casos todas las formalidades y los procedimientos usuales para llevar a cabo actividades comerciales legales. También que son realizados por agentes especializados y que se relaciona con el entorno comercial y financiero moderno, ello permite que negocios legales puedan ser utilizados para propósitos ilegales (Blanco, 2012, pp. 57-61; Páucar, 2013, pp. 29-31; Prado, 2013, pp. 105-107).

Sobre esa base, no resulta razonable exigir el nombre del tipo penal que compone el injusto precedente para permitir su sanción, dadas las múltiples operaciones previas de camuflaje que eliminan su rastro, incluso se presentan actos de lavado en cadena.

3.4. Por evitar el debilitamiento de la lucha contra el lavado de activos

En un contexto de corrupción generalizada que incluso alcanza a personas expuestas políticamente, exigir la identificación del nombre del tipo penal previo que generó los activos lavados, a pesar de que de las circunstancias del caso se excluye la posibilidad de que provengan de otra actividad ilegal que no sea la penal, debilita el efecto preventivo general de reprimir el lavado y motiva la impunidad.

3.5. Por pronunciamientos de la autoridad jurisdiccional

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS, 2022), en su *III Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú. Análisis de sentencias condenatorias firmes (2012-2020)*, señala que «del total de 140 sentencias [...] solo en 122 se identifican delitos precedentes, las 18 restantes pertenecen principalmente a la modalidad de transporte de dinero en efectivo de origen ilícito» (p. 19).

En relación con ello, se advierte que la autoridad jurisdiccional ha tenido a bien emitir dieciocho pronunciamientos sin tener en cuenta el nombre de un tipo penal que compone un injusto previo; de ahí que consideramos que la Corte Suprema, mediante la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017 limita tal línea jurisprudencial al exigir la mención de un injusto.

3.6. Por ser viable su aplicación mediante el método de la prueba indiciaria

Un sector de la doctrina nacional, como Pariona Arana (2021), alega que el legislador incurre en un exceso al señalar que para investigar no se requiere siquiera que el delito que habría originado los bienes ilícitos haya sido «descubierto», razón por la cual considera que este extremo

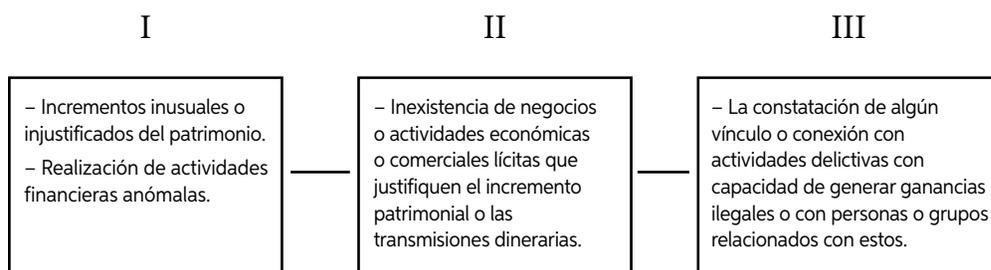
de la norma es inconstitucional y su derogación un imperativo en pro de la justicia (p. 65).

En la misma línea, Mendoza (2017, p. 276), para quien es restrictivo de derechos fundamentales. Caro *et al.* (2016, pp. 665-666) sostienen que principios constitucionales como imputación necesaria, derecho de defensa o el derecho a probar fundamentan la necesidad de determinar el delito precedente en toda investigación por lavado, motivo por el cual, a su entender, este extremo de la norma se debe inaplicar.

No obstante estas posturas doctrinales, consideramos que su aplicación sí es viable a través del método de la prueba indiciaria. Al respecto, la Corte Suprema, en la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017, en el fundamento 22, estableció un triple pilar indiciario sobre el cual puede edificarse una condena.

Figura 1

Triple pilar indiciario



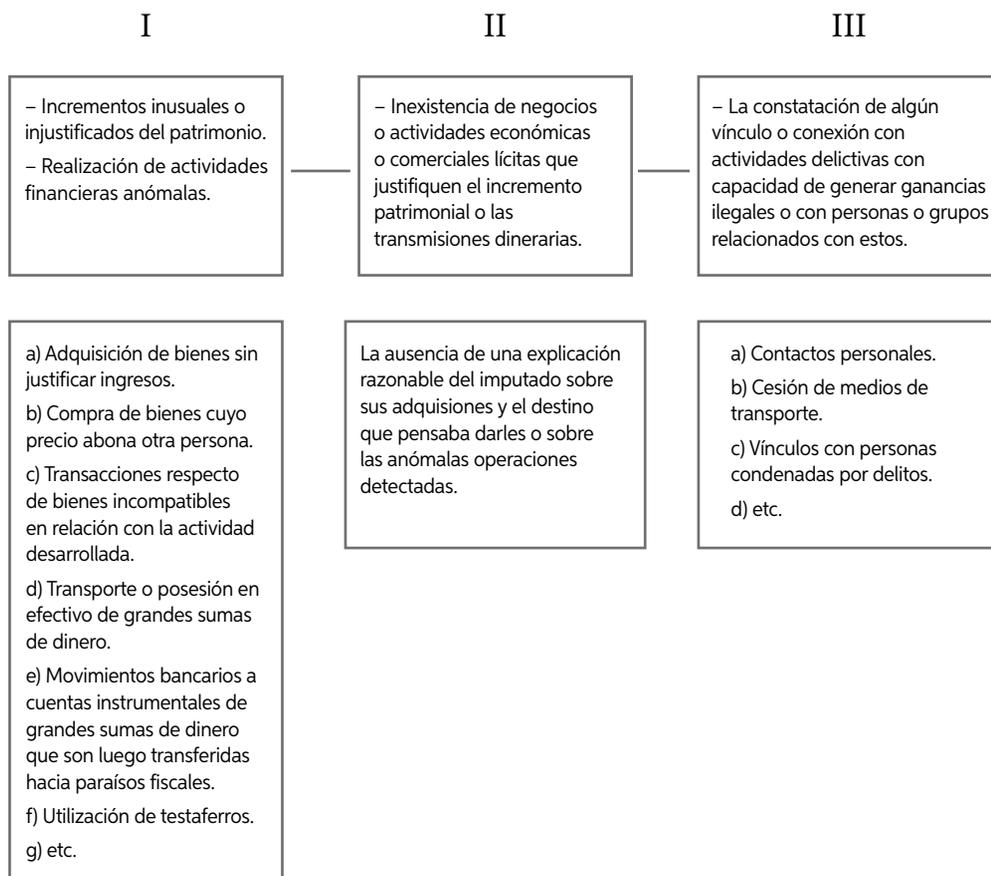
En tal fundamento también señaló que no necesariamente concurren juntos, y que lo relevante son los datos específicos del caso. Así lo dijo:

22. [...] En todo caso, puede concebirse —a título meramente enunciativo, sin que necesariamente se califiquen de obligatorios requisitos legales ni que deban concurrir juntos, pues lo más relevante son los datos concretos de la causa— un triple pilar indiciario —o elementos incriminatorios— sobre el cual edificarse una condena por el delito de lavado de activos [...].

Ahora bien, la Corte señaló algunos de los indicios más usuales en el Acuerdo Plenario n.º 3-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, fundamento 34, conforme se detalla en el siguiente gráfico:

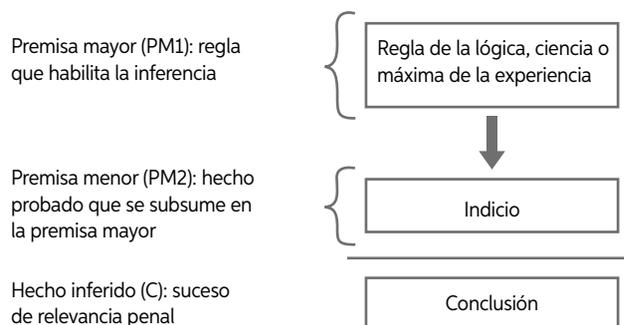
Figura 2

Indicios más usuales



Así, tendríamos que iniciar nuestra motivación estableciendo como premisa mayor una regla de la experiencia, la lógica o la ciencia. Luego, como premisa menor, el indicio acreditado. Por último, concluir, en virtud de una inferencia lógica, la prueba del hecho penalmente relevante.

Figura 3
Inferencia



Un criterio para inferir una actividad criminal previa genérica lo establece el fundamento 35 del Acuerdo Plenario n.º 3-2010/CJ-116, cuando señala que «El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la **exclusión** [énfasis añadido] de otros posibles orígenes».

Lo anterior se ratifica en el fundamento 20 de la Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017:

no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva. La presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la **exclusión** [énfasis añadido] de otros posibles orígenes [...].

Un ejemplo permite demostrar, en un estándar más allá de toda duda razonable, la acreditación de una actividad criminal que no haya sido descubierta.

Como premisa menor se tiene lo siguiente:

- a) Se acredita que una persona es intervenida en una garita de control llevando consigo fajos de dinero, en sumas elevadas, adheridos a su cuerpo.

- b) Reporte negativo del imputado referente a casos en sede administrativa y civil.
- c) Se acredita que el imputado brindó una coartada falsa.
- d) Se acredita que el hermano del imputado está siendo investigado por el delito de contrabando, defraudación de rentas y tráfico de mercancías restringidas (delitos aduaneros).
- e) Se acredita que el imputado cuenta con desbalance patrimonial.

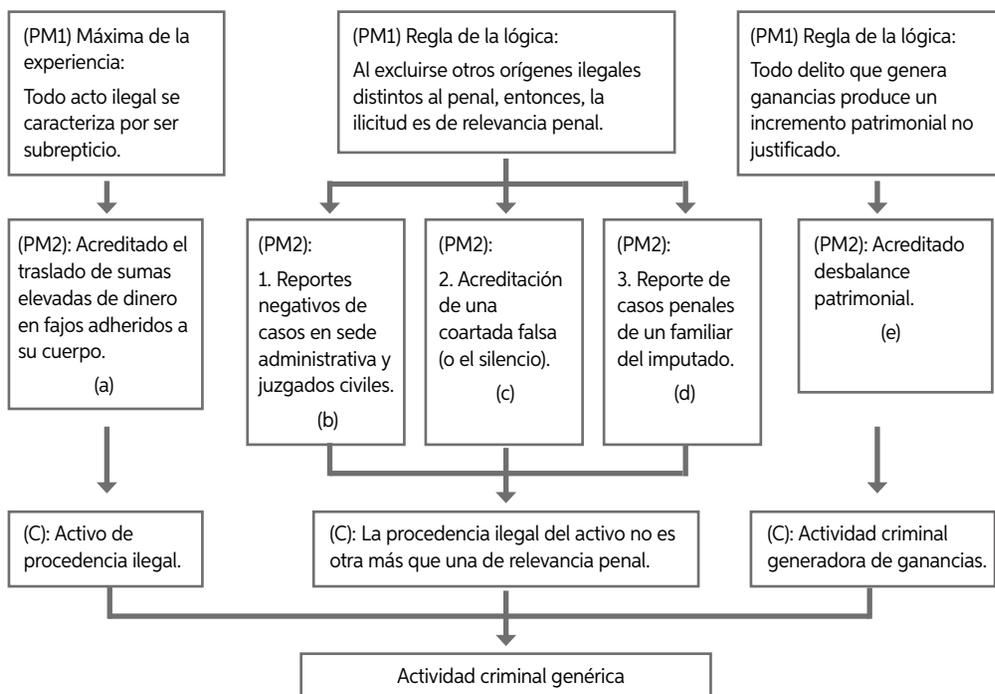
Luego, como premisa mayor se tiene que, por regla de la experiencia, todo acto ilegal se caracteriza por ser subrepticio, lo cual se justifica con el estudio de la SBS (2022) en el que se identifican diferentes métodos de ocultamiento que se utilizan para trasladar dinero en efectivo de origen ilícito: (i) ingesta, (ii) en ropa, (iii) en equipo electrónico, (iv) adosado al cuerpo, (v) en compartimento vehicular, (vi) en maletín, mochila o similar (p. 64). En virtud de ello, del indicio de traslado de dinero en fajos adheridos al cuerpo, se infiere la procedencia ilegal de los activos.

Como otra premisa mayor se tiene que, por reglas de la lógica, al excluirse otros orígenes ilegales distintos al penal, entonces, la ilicitud es de relevancia penal, razón por la cual, de los indicios de reporte negativo de casos en sede administrativa y juzgados civiles, «mala justificación o el silencio» (Rosas, 2015, pp. 399-ss.), y el reporte de casos penales de un familiar del imputado, se infiere que la procedencia ilegal del activo no es otro más que uno de relevancia penal.

Otra premisa mayor, conforme señala García Caveró (2010), es que «la regla lógica de que todo delito que genera ganancias produce un incremento patrimonial no justificado» (p. 66), permite deducir, del indicio de desbalance patrimonial, su vinculación a una actividad criminal generadora de ganancias.

Figura 4

Desarrollo de la prueba indiciaria



Sobre la base de ello, como conclusión resulta válido inferir, lógicamente, que se acredita, más allá de toda duda razonable, la vinculación del activo a una actividad criminal genérica, donde el nombre del tipo o el injusto no juega algún rol. No es exigible que se precise que el activo proviene del injusto de contrabando, de defraudación de rentas o de tráfico de mercancías restringidas, o que proviene de todos ellos, basta con hacer referencia, en nuestro ejemplo, a que provendría de una actividad criminal aduanera, pues se excluye la posibilidad de otro probable origen ilegal distinto al penal.

3.7. Por satisfacer la garantía de defensa procesal

Consideramos que lo planteado satisface la garantía de defensa procesal en tanto se informa la imputación, contiene una imputación necesaria y se permite la contradicción de los cargos, tal como se justifica a continuación.

3.7.1. Con relación a ser informado de la imputación

El no mencionar el nombre de un tipo penal previo, componente del injusto, no vulnera la garantía de defensa procesal del imputado, pues se le informa el acto de lavado que se imputa, su período de investigación, su calificación jurídica, sus indicios, etc.

Respecto del elemento normativo origen ilícito, se debe informar al imputado el hecho inicial simple que permite inferir al persecutor que el activo no cuenta con procedencia lícita, por ejemplo, la forma de traslado de dinero; las sumas elevadas de dinero en posesión; dúplica del patrimonio desde que asume un cargo; movimiento inusual en el sistema financiero, etc. Luego, conforme a la progresividad de la acción penal, el representante del Ministerio Público, en sus requerimientos, informa las evidencias que permiten excluir otros posibles orígenes ilícitos distintos al penal, ultimando así una actividad criminal genérica. Entonces, dependiendo de su estrategia de defensa, el imputado puede decidir si guarda silencio o declara en uno u otro sentido (Asencio, 2012, p. 79).

3.7.2. Con relación a la imputación necesaria

Al respecto, el relato circunstanciado de modo, tiempo y lugar, que proporciona una materialidad concreta de los hechos atribuidos, es sobre el delito imputado, el lavado de activos, de autonomía plena. No se imputa un delito previo, pues no se persigue la sanción de un injusto culpable y punible precedente.

En cuanto al origen ilícito, la imputación necesaria se satisface caso por caso, indicando *hechos* que excluyan del activo a lavar otros posibles orígenes distintos al penal. Ejemplo: se interviene a una persona que traslada una elevada suma de dinero en el compartimento de un vehículo sin poder justificar su procedencia. Ese primer dato fáctico, actividad económica anómala, de modo progresivo, va ultimando la ilicitud del activo. En efecto, posteriormente se obtiene una pericia de desbalance patrimonial; luego, contradicciones en la coartada; después, reportes de la autoridad competente en los cuales se indica que no se cuenta con sanciones administrativas; seguidamente, informes de la

Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), informes policiales, casos archivados por prescripción de los que se desprendan hechos de relevancia penal (indicio de potencia), etc., hasta concluir, más allá de toda duda razonable, el origen ilícito a nivel de un injusto genérico, en caso logre descubrirse, o actividad criminal genérica, en caso no haya sido descubierto el injusto que generó los activos.

3.7.3. Con relación a contradecir los cargos

De acuerdo con lo señalado respecto a la información e imputación necesaria, el imputado tiene toda la posibilidad de contradecir el origen ilícito del activo identificado como objeto de lavado. En este caso, el indicar que al introducir argumentos de descargos tal como la licitud del activo, según San Martín (2015), debe «probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal» (p. 120).

4. NECESIDAD DE PRECISAR LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.º 1-2017

Cuando la Corte exige la acreditación de un injusto, por ejemplo, un tipo penal de contrabando, defraudación de rentas y tráfico de mercancías restringidas (delitos aduaneros), sin indicar sus circunstancias, destino jurídico, naturaleza, cronología y objeto, es porque hace referencia a los casos en que la actividad criminal, como mínimo, es descubierta. Por el contrario, cuando no lo haya sido, el origen ilícito se acredita, de las circunstancias del caso, excluyendo otros posibles orígenes, como infracciones administrativas o ilícito civil, donde no cabe más posibilidad que concluir que el activo lavado proviene de una actividad criminal en general, donde el nombre del tipo penal previo (componente del injusto) no juega algún rol.

5. CONCLUSIONES

1. El artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1106 habilita la sanción del lavado de activos en el supuesto de que la actividad criminal previa no haya sido descubierta.

2. Cuando la Corte Suprema exige la acreditación de una actividad criminal a nivel de injusto, por ejemplo, un tipo penal de contrabando, defraudación aduanera o tráfico de mercancías restringidas, sin indicar sus circunstancias, su destino jurídico, su naturaleza, su cronología y su objeto, hace referencia a los casos en que la actividad criminal, como mínimo, es descubierta. Por el contrario, cuando no lo haya sido, la actividad criminal se acredita de las circunstancias del caso, excluyendo otros posibles orígenes, como infracciones administrativas o ilícito civil, donde no cabe más posibilidad que concluir que el activo lavado proviene de una actividad criminal, sin importar el nombre de algún injusto.
3. Al no ser el nombre del tipo penal del hecho precedente un elemento normativo del lavado de activo, no es exigible que el agente necesariamente lo conozca, así como que la autoridad fiscal o judicial lo indique cuando no haya sido descubierta, en este supuesto solo es necesario demostrar una actividad criminal en general.

REFERENCIAS

- Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons.
- Asencio, J. (2012). *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch.
- Blanco, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi.
- Caro, C., Reyna, L. y Reátegui, J. (2016). *Derecho penal económico. Parte especial* (t. II). Jurista Editores.
- Gálvez, T. (2018). El delito de lavado de activos después de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433. En T. A. Gálvez y J. L. Castillo (dirs.), *El delito de lavado de activos* (pp. 15-209). Ideas.
- García Cavero, P. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Reforma.
- Guzmán, R. S. (2023, 1 de abril). ¿Es el nombre de la actividad criminal previa elemento objetivo del tipo base de lavado de activos? *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/nombre-actividad-criminal-previa-elemento-objetivo-tipo-base-lavado-activos/>

- Mendoza, F. (2017). *El delito de lavado de activos*. Instituto Pacífico.
- Oré, E. A. (2017). *La procedencia delictiva en el delito de blanqueo de capitales*. Université de Fribourg. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170808_03.pdf
- Pariona, R. (2021). *El delito de lavado de activos*. Instituto Pacífico.
- Páucar, M. (2013). *La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y jurisprudencia*. Ara Editores.
- Prado, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa.
- Rosas, J. A. (2015). *La prueba en el delito de lavado de activos*. Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (2009). *Derecho penal. Parte general* (t. I). Civitas.
- San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) (2022). *III Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú. Análisis de sentencias condenatorias firmes (2012-2020)*. https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/Estudios_Resoluciones_LA_FT/III-Informe-de-Sentencias-Condenatorias.pdf

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Acuerdo Plenario n.º 3-2010/CJ-116 (2010). Corte Suprema de Justicia de la República (16 de noviembre de 2010).
- Decreto Legislativo n.º 1106. Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. *Diario Oficial El Peruano* (19 de abril de 2012).
- Sentencia Plenaria Casatoria n.º 1-2017 (2017). Corte Suprema de Justicia de la República (11 de octubre de 2017).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

(i) Recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, así como el diseño de este; (ii) redacción del trabajo; (iii) aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

Maestro en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Título de máster internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y «Compliance», por la Universidad Santiago de Compostela. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Correspondencia

rudy.guzman@pucp.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 203-238

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.812

La seguridad ciudadana como derecho humano. El deber de prevención

Citizen security as a human right.
The duty of prevention

A segurança cidadã como um direito humano.
O dever de prevenção

*La búsqueda de seguridad humana debe efectuarse a través
del desarrollo y no mediante las armas.*

PNUD (1994)

EDWIN FIGUEROA GUTARRA
Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)
Contacto: efigueroag@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

RESUMEN

La noción de seguridad ciudadana nos conduce a la idea de esta como verdadero derecho humano, en tanto existe insuficiencia material en la idea de una simple exigencia de seguridad de la población. A su vez, de esa correlación entre seguridad ciudadana y derechos humanos se desprende una premisa fuerte: el deber de prevención que le asiste no solo al Estado, sino a la sociedad en su conjunto para la construcción de políticas públicas sólidas en materia de seguridad ciudadana. Es así que forjamos el concepto de *ciudadanía militante*.

Palabras clave: seguridad ciudadana; derechos humanos; deber de prevención; políticas públicas; ciudadanía militante.

Términos de indización: seguridad humana; derechos humanos; prevención del crimen; política gubernamental (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The notion of citizen security leads us to the idea of this as true human right, as there is material insufficiency in the idea of a simple demand for the security of the population. At the same time, of this correlation between citizen security and human rights it appears a strong premise: the duty of prevention that assists it does not only to the State, but to society as a whole for the construction of solid public policies regarding citizen security. It is so we forged the concept of *militant citizenship*.

Key words: citizen security; human rights; duty of prevention; public policies; militant citizenship.

Indexing terms: human security; human rights; crime prevention; government policy (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A noção de segurança cidadã nos leva à ideia disso como verdadeiro direito humano, pois há insuficiência material em a ideia de uma simples exigência de segurança da população. Na sua vez, desta correlação entre segurança cidadã e direitos humanos é suscita uma premissa forte: o dever de prevenção que o assiste não apenas ao Estado, mas à sociedade como um todo para a construção de políticas públicas sólidas em matéria de segurança cidadã. É assim que forjamos o conceito de *cidadania militante*.

Palavras-chave: segurança cidadã; direitos humanos; dever de prevenção; políticas públicas; cidadania militante.

Termos de indexação: segurança humana; direitos humanos; prevenção de crimes; política governamental (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/7/2023
Aceptado: 16/5/2024

Revisado: 14/8/2023
Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

Gran parte del debate contemporáneo sobre la seguridad ciudadana implica abordar, entre otros temas, la cabal comprensión de su concepto, sus dimensiones, su extensión respecto a cómo debe ser enfocada, sus elementos materiales, y quiénes deben ostentar su titularidad, en cuanto a si ella debería correr solo a cargo de los cuerpos policiales o también de otros estamentos. Algunas voces proponen una mayor severidad de las medidas represivas ante desbordes contra los bienes jurídicos tutelados por la seguridad ciudadana, otras abogan con énfasis por la intervención de las fuerzas armadas en la lucha contra la delincuencia, y algunas otras incluso reconocen como de suyo valiosas las experiencias de países abanderados de un combate sin cuartel, con relativo éxito, contra los elementos patológicos que afectan el perseguido y anhelado orden público.

La propuesta de este estudio no se dirige a un lugar común, esto es, simplemente proponer necesarias políticas públicas sobre seguridad ciudadana. Consideramos imprescindible añadirle una perspectiva de derechos humanos a esas políticas, estas deben basarse en el desarrollo relevante de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y, en ese orden de ideas, asumimos un enfoque multidimensional de la seguridad ciudadana en cuanto a su estrecha relación con varios de estos derechos.

Y aquí surge una interrogante frontal: ¿es la seguridad ciudadana un derecho humano? La respuesta es objetiva: es cierto que no figura como derecho humano en los derechos tutelados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, sin embargo, esta solo es una acotación formal, en cuanto, desde una perspectiva material, el derecho a la seguridad ciudadana no solo se vincula estrechamente a otros derechos, sino que adquiere una autonomía de verdadero derecho humano, y esa debe ser la connotación a ser avalada desde la jurisprudencia interamericana y, por extensión, europea y africana, en cuanto estas zonas geográficas últimas ya cuentan con tribunales supranacionales de tutela de los derechos humanos.

Nos permitimos, de la misma forma, acotar un elemento que consideramos trascendente respecto a la seguridad ciudadana desde la visión de los derechos humanos, y es el denominado deber de prevención, cuyo escenario no solo se circunscribe al Estado, obligación que parte primigeniamente del artículo 1.1. de la CADH. Por la referida cláusula, el Estado asume el rol de garante primigenio de la seguridad ciudadana, en cuanto la estructura política del Estado se apoya en un basamento organizacional de la seguridad ciudadana, y es responsable internacionalmente, en su caso, por aquellas conductas gravosamente violatorias de los derechos humanos.

Pero el acotado deber se extiende, a juicio nuestro, a una noción de participación activa de la ciudadanía. Si el término es ajustable, proponemos una *ciudadanía militante* de los derechos humanos, más aún en el delicado ámbito de la seguridad ciudadana, en cuanto si esta deviene ostensiblemente afectada por coyunturas determinadas, el goce de los demás derechos estrechamente vinculados a la seguridad se ve gravemente afectado en su ejercicio.

¿Qué habría de hacer una *ciudadanía militante* del derecho a la seguridad ciudadana? Creemos que, en principio, demandar la seguridad ciudadana a la cual aspiramos, pero dentro de la línea de respeto por los derechos humanos; en esa misma línea, contribuir al debate público sobre medidas de reforzamiento por la seguridad ciudadana, pero bajo los estándares que plantea el DIDH. Adicionalmente, avalar, así lo entendemos, las medidas de lucha contra la delincuencia, pues esta es una prerrogativa de configuración estatal, pero, de la misma forma, exigiendo la no proyección de un *Machtstaat*, o Estado de la fuerza, entendido este como un ente vertical que solo hace espacio, en la terminología de Jakobs, a un Derecho Penal del Enemigo, es decir, solo más penas, más cárceles y más sanciones.

Los propósitos antes descritos lograrían un fin de valor: un fortalecimiento de la seguridad ciudadana con una perspectiva de derechos humanos, asegurada desde el ejercicio de un deber de prevención, aspectos compatibles con un Estado convencional de derecho, entendido este como un marco de respeto, garantía y observancia de los derechos

humanos. En la otra orilla, opuesta al fortalecimiento, por el contrario, nos espera un deterioro significativo de derechos en las democracias, un sombrío panorama de regresividad de los derechos humanos, y hasta la posibilidad no alejada de un Estado fallido, incluso de un marcado autoritarismo como forma de gobierno. Es un escenario que, por imperativo categórico, debemos evitar.

2. SEGURIDAD CIUDADANA. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Corresponde destacar el intento de la doctrina por afianzar la seguridad ciudadana como derecho humano (Cartagena, 2010, p. 4), pero es importante acotar, del mismo modo, que se trata de un esfuerzo de esbozos iniciales al respecto. Este estudio apunta a una mayor consolidación de la idea.

Otra precisión es importante: nuestro examen asume un marco general, no solo circunscrito a la realidad nacional, en tanto los derechos humanos ostentan la calidad de transversales y, en esa lógica, las reflexiones que recogemos se acoplan, en mayor o menor medida, al devenir de los países latinoamericanos, cuyas realidades se expresan en diferentes rangos de violencia: uso arbitrario de la fuerza pública, altos índices de criminalidad, violencia basada en género, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, existencia de conflictos armados, entre otras características (Silva, 2021, p. 6).

De otro lado, en términos históricos, resulta necesaria una delimitación del surgimiento de la noción de *sécurité publique*, esto es, de seguridad ciudadana, a efectos de contrastar su génesis con otros conceptos que concurren con matices similares. De esa forma:

La expresión *seguridad ciudadana* surgió, fundamentalmente, como un concepto en América Latina en el curso de las transiciones a la democracia, como medio para diferenciar la naturaleza de la seguridad en democracia frente a la seguridad en los regímenes autoritarios. En estos últimos, el concepto de seguridad está asociado a los conceptos de «seguridad nacional», «seguridad

interior» o «seguridad pública», los que se utilizan en referencia específica a la seguridad del Estado. En los regímenes democráticos, el concepto de seguridad frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas, se asocia a la «seguridad ciudadana» y se utiliza en referencia a la seguridad primordial de las personas y grupos sociales. Del mismo modo, contrariamente a los conceptos también utilizados en la región de «seguridad urbana» o «ciudad segura», la seguridad ciudadana se refiere a la seguridad de todas las personas y grupos, tanto en las zonas urbanas como rurales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2009, p. 8)

El concepto de seguridad ciudadana debe ser diferenciado de otras denominaciones como seguridad humana, en tanto aquella constituye una dimensión de esta (CIDH, 2009, p. ix) y, por lo tanto, aborda parte del contenido de la segunda, en cuanto esta última implica un escenario más amplio al implicar la estructura del Estado, la sociedad misma, y los múltiples actores que confluyen en las interrelaciones sociales.

En una investigación de arraigo conceptual el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) alude al concepto de seguridad desde una perspectiva limitada a la defensa del territorio, el poder militar y la función represiva del Estado, bajo la premisa de evitar una serie de amenazas (Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia [IMDHD], 2010, p. 8), a efectos de que las personas puedan vivir en circunstancias compatibles con su dignidad humana. En esta misma línea de ideas, «el concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado» (CIDH, 2009, p. 7).

Por otro lado, la noción de seguridad pública alude al «mantenimiento de la paz y el orden público», lo cual se logra a través de medidas de «control penal y de las acciones de prevención y represión de ciertos delitos y faltas administrativas que la vulneran» (IMDHD, 2010, p. 9). En consecuencia, la seguridad pública se asocia a una «visión del Estado [...] por garantizar el orden por el orden mismo; en cambio, la seguridad

ciudadana remite a sistemas en los que se promueven modelos plurales acordes con la participación de la población y la ciudadanía» (IMDHD, 2010, p. 11).

Definir la seguridad ciudadana demanda vincular conceptos asociados, en tanto «en el orden jurídico internacional de los Derechos Humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social» (CIDH, 2009, p. 6). Ello nos conduce a desprender, extensivamente, la noción de seguridad ciudadana de diversos instrumentos internacionales, entre ellos:

del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona»; del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona»; del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales»; y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales». (CIDH, 2009, p. 7)

De lo antes advertido, podemos afirmar, con suficiencia, que la idea de seguridad ciudadana fluye, con nitidez, a partir de su contraste con diversos derechos enunciados en instrumentos de *soft law* y *hard law*, esto es, declaraciones que vinculan a los Estados desde una perspectiva exhortativa, así como convenciones cuyo sentido de vinculación puede entenderse en sentido fuerte.

En términos conceptuales también podemos distinguir que

existen tres elementos trascendentes respecto a la seguridad ciudadana: una fuerza policial civil que resguarde a los habitantes, una justicia fortalecida sin corrupción ni impunidad; y un sistema penitenciario que tienda a la verdadera recuperación e inserción social del detenido. (CIDH, 2009, p. 1)

El trinomio que aquí se construye —policía, jueces y sistema penitenciario— resulta un contrapeso de relevancia en la balanza ideal de la seguridad ciudadana, en la medida que constituye un elemento de afianzamiento operativo de una política pública sobre la materia. La policía es un primer eslabón en la ejecución de una política pública sobre seguridad ciudadana. En el sistema de justicia es necesario comprender, a su vez, la labor conjunta de jueces y fiscales, estos últimos en su labor persecutora de conductas que afecten bienes jurídicos, y aquellos en su tarea imparcial de impartir justicia; finalmente, el sistema penitenciario constituye, en esencia, un modelo de resocialización de quienes sufren medidas de reparación por conductas contrarias a bienes jurídicos tutelados.

En relación con las características de la seguridad ciudadana y a propósito de un estudio del PNUD al respecto, tenemos:

vale destacar cinco características de la seguridad ciudadana que le dan una centralidad, una urgencia y un cariz muy especiales. En primer lugar, puede decirse que la seguridad ciudadana está en la base de la seguridad humana [...]. En segundo lugar que la seguridad ciudadana es la forma principal de la seguridad humana [...]. En consecuencia y, en tercer lugar, la seguridad ciudadana garantiza derechos humanos fundamentales. En cuarto lugar [...] la seguridad respecto del crimen es una componente esencial de la ciudadanía [...]. Por último, pero de singular importancia, la seguridad ciudadana atañe inmediatamente a la libertad que es la esencia del desarrollo humano. (CIDH, 2009, p. 9)

Podemos inferir, a partir de la reflexión anterior, la importancia de construir conceptualmente la seguridad ciudadana como una exigencia del Estado de derecho contemporáneo, en tanto resulta verdad que los bienes jurídicos afectados, a partir de escenarios de inseguridad, comprometen la misma viabilidad democrática del Estado.

Hemos de graficar *infra* el desarrollo de la idea anterior, pero resulta de suma preocupación que una noción reducida de la comprensión de la idea de seguridad ciudadana pueda reducir este tema solo

a una acción reactiva y represiva del mismo Estado frente a la delincuencia, el crimen organizado y otras formas de afectación a la seguridad ciudadana. Y esos efectos perniciosos a causa de la inseguridad no terminan allí, pues una consecuencia extensiva de ese caos, también a trabajar más adelante, es, de un lado, el descrédito que merece la democracia misma como forma de gobierno, si existe inseguridad en diferentes ámbitos de la sociedad.

Por otra parte, el riesgo colateral ante esta situación de resquebrajamiento de la democracia es que, potencialmente, un Estado autoritario surja como opción frente a la democracia, y si ese Estado consagra la lucha frontal contra el crimen, con poca visibilidad de los derechos humanos, y bajo una sola tendencia reactiva, entonces el riesgo relevante es que los ciudadanos piensen que una salida autoritaria resulta de mayor vigencia, como alternativa, frente a las manifestaciones de razonabilidad que propone la democracia, sin valorarse que esta forma de régimen proyecta los derechos humanos como elementos de fortalecimiento de políticas públicas en materia de seguridad ciudadana.

Lo antes afirmado nos conduce a una idea multidimensional de la seguridad ciudadana, en la medida que no solo debe constituir una política pública a consolidar por parte de los Estados, sino resulta necesaria su vinculación material con la viabilidad de las democracias contemporáneas. A este efecto, hemos de examinar, de igual forma, que construir una definición de la seguridad ciudadana pasa también por el examen de algunas variables geográficas, cuyos niveles es necesario considerar aun cuando no sean elementos taxativos. A este respecto, no hemos de negar que América Latina presenta mayores problemas de seguridad ciudadana. De esa forma, una democracia sólida en esta parte del continente exige, diríamos, una *ciudadanía militante* de los derechos humanos.

En la lógica antes referida, América Latina, como hemos de verificar, presenta, en comparación con otras zonas, algunos estándares de criminalidad considerables que afectan la seguridad ciudadana como bien jurídico relevante, y eso es un factor que no puede ser obviado al construirse una noción de seguridad ciudadana.

La cuestión a plantear es objetiva: ¿es América Latina el lugar más peligroso para vivir en el mundo? Las estadísticas no nos resultan favorables, pero la interrogante persiste. ¿Cuáles otros baremos deben considerarse para definir una zona como realmente peligrosa? En este aspecto volvemos a considerar la idea de organizar elementos materiales para definir la seguridad ciudadana.

3. SEGURIDAD CIUDADANA Y DERECHOS HUMANOS: UNA RELACIÓN ESTRECHA

El afianzamiento del concepto de seguridad ciudadana pasa por un necesario reenfoque de los *Menschenrechte*, es decir, de derechos humanos, de cuánto estos se vinculan a esa noción, haciéndola integral y omni-comprehensiva, dándole un sentido de valor en sí mismo, a efectos de poder perfilar políticas públicas basadas en la observancia y el respeto por los derechos de la persona.

Por el contrario, una visión de la seguridad ciudadana con una escasa percepción de los derechos humanos, nos conduciría a un enfoque solo reactivo de acción del Estado en resguardo de la seguridad ciudadana. En términos históricos, la defensa de la seguridad, en términos abstractos, ha sido simplemente represiva, a fin de combatir el crimen y la delincuencia en función de los grados de estos.

El enfoque en derechos humanos, a propósito de la nueva dimensión que hemos de asignar a la seguridad ciudadana, parte de la noción de obligaciones de los Estados frente a los derechos: respetar y garantizar, es pertinente añadirle una nueva arista: un deber de prevención, acápite que merece un desarrollo especial en este estudio líneas *infra*.

Sobre lo anotado, hay una cuestión medular que puntualizar: en esa visión de la seguridad ciudadana que proponemos, íntimamente vinculada a los derechos humanos, ¿pueden estos significar una rémora? Observemos que «corremos el riesgo de contribuir a la creencia errónea que los derechos humanos son un obstáculo a la promoción de políticas de seguridad eficaces» (CIDH, 2009, p. 2). La respuesta a la interrogante que planteamos merece ciertas precisiones conceptuales.

En rigor, los derechos humanos imponen cargas obligacionales a los Estados, pero en esencia se trata de cargas legítimas, sobre las cuales es importante advertir dos aspectos. En un primer orden, fundamentalmente imponen obligaciones éticas a los Estados. No se trata de meras obligaciones formales respecto a derechos de configuración legal a cargo simplemente del legislador, sino de verdaderas exigencias éticas, que a su vez implican la demanda de políticas públicas basadas en el respeto de la dignidad de la persona.

En un segundo orden, se trata de exigencias legítimas, amparadas en un orden público internacional que vincula activamente a los Estados, a partir del reconocimiento de obligaciones internacionales conforme a la CADH, desde un efecto vinculante directo, y desde las mismas Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, las cuales connotan un efecto vinculante indirecto. Al respecto, las convenciones obligan a los Estados —son instrumentos de *hard law*— dado que implican una jurisdicción contenciosa en caso de grave lesión a los derechos humanos. A su vez, las declaraciones tienen un efecto exhortativo —son herramientas de *soft law*— y en propiedad contienen una dimensión de moralidad de los derechos humanos, ámbito que trasciende la mera juridicidad básica de estos derechos.

En línea de lo afirmado, los derechos humanos constituyen cargas legítimas a los Estados y, por lo tanto, no deben ser entendidos como reales obstáculos para la realización del bien común. Lograr este objetivo exige un afianzamiento de las políticas públicas sobre derechos humanos, y estas demandan, a juicio nuestro, algunas bases mínimas que es necesario esbozar.

¿De dónde parte la exigencia de una política pública sólida en materia de derechos humanos? De una primera lectura de la realidad de cada Estado. De esa forma, es importante apreciar que

América Latina pierde el 21,8% de su desarrollo humano debido a la desigualdad en dimensiones del índice de desarrollo humano. La región afronta desafíos complejos que dificultan la construcción de sociedades justas, inclusivas y pacíficas, tales como la multidimensionalidad de la violencia, la incidencia de los feminicidios,

la prevalencia de altos niveles de impunidad y la reducción de espacios para la convivencia ciudadana. (PNUD, 2020, p. 13)

La información que antecede es solo la punta de un iceberg, o bien una puerta de entrada al problema que acusamos respecto a la seguridad ciudadana. Los índices de violencia en nuestro continente son expresivos por sí solos, de tal forma que

Con tan solo el 8% de la población mundial [América Latina], contabiliza el 33% de todos los homicidios del mundo. 17 de los 20 países con las tasas más altas de homicidios a nivel global, están en ALC; países como El Salvador, Honduras y Jamaica tuvieron tasas de homicidio superiores a 40 homicidios por cada 100.000 habitantes en 2018. Mientras que la Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica 10 homicidios por cada 100.000 habitantes como una epidemia, el promedio en ALC es de 21,6 en 2018. (PNUD, 2020, p. 14)

La afirmación que antecede nos lleva a cuestionarnos sobre el alto nivel de violencia en América Latina, aunque subyace al respecto una importante interrogante: ¿es realmente grave la situación en materia de seguridad ciudadana en esta parte del mundo? Veamos lo siguiente:

En las Américas se verifican algunos de los índices más altos del mundo de crimen y de violencia. La tasa de homicidios cada 100.000 habitantes, que es un indicador universalmente aceptado para medir el nivel de violencia en una determinada sociedad, sin perjuicio de sus constantes alteraciones, alcanzó el 25.6/100.000 promedio en América Latina. En comparación con esta cifra, la tasa en Europa se registró en 8.9/100.000, mientras que para la región del Pacífico Occidental se ubica en 3.4/100.000, y en Asia Sur-Oriental 5.8/100.000. No obstante, si el análisis se enfoca solamente en los sectores de ingresos medios y bajos de la población, la tasa promedio de homicidios en las Américas se eleva a 27.5/100.000. (CIDH, 2009, p. 10)

Las últimas cifras acotadas *supra*, si bien corresponden al año 2009, denotan una realidad muy compleja, a tal punto que es en esta parte del mundo, por sobre otras zonas geográficas, donde una mayor exigencia de seguridad ciudadana debería existir. Por tanto, una política pública sobre la materia debe cumplir ciertas condiciones, y una de las primeras es no desvincularse de los derechos humanos, en tanto estos representan deberes éticos para los Estados.

Las políticas públicas no deben constituir simplemente expresiones semánticas o nominales de los Estados, más aún en un tema como la seguridad ciudadana, que demanda acciones de campo, medidas ejecutivas y entornos de acción. Sobre ello es pertinente entender que

El diseño, implementación y evaluación de las políticas sobre seguridad ciudadana en la región tienen que estar definidos además por el encuadre que proporcionan los principios internacionales de derechos humanos, especialmente, los principios de participación, rendición de cuentas, y no-discriminación. (CIDH, 2009, p. 21)

A lo antes expresado hemos de sumar varios elementos adicionales, dada la necesidad de identificar los rasgos de una política pública:

Las políticas públicas se caracterizan por ser: (1) integrales (por abarcar sistemáticamente los derechos humanos en su conjunto); (2) intersectoriales (por comprometer acciones, planes y presupuestos de diferentes actores estatales); (3) participativas (por la intervención permanente de la población involucrada y por favorecer la democratización de la sociedad); (4) universales (por su cobertura sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo); y (5) intergubernamentales (por comprometer entidades de los gobiernos centrales y locales. (CIDH, 2009, p. 22)

El estudio que venimos aludiendo respecto a la CIDH incorpora una importante experiencia de campo en materia de seguridad ciudadana y la situación de varios países. De esa forma selecciona cinco

experiencias de cinco países: Brasil, Costa Rica, El Salvador, México y Uruguay. El examen es de interés pues parte de

consideraciones como: la adecuación del enfoque utilizado, la relevancia del problema para la región, la efectividad de la respuesta brindada, la diversidad en el tipo de intervención realizada, y la disponibilidad de información para el análisis. En el análisis de los casos se ponen de relieve aquellas condiciones que tienden a elevar la calidad, efectividad y fortaleza de las políticas públicas en el sector de seguridad ciudadana, como lo son: la rigurosidad, la integralidad, la multisectorialidad, la sostenibilidad y la innovación. (PNUD, 2020, p. 5)

En el diseño de esa política pública, es de interés reforzar el rol de la policía y su necesaria profesionalización para velar por la seguridad ciudadana, premisa que por cierto nos conduce a descartar la participación de las fuerzas armadas en el combate contra la inseguridad ciudadana. ¿La razón? Estas últimas poseen un eje de acción respecto a un enemigo externo y no interno y, por tanto, sus ámbitos de acción son muy diferentes.

Podemos contrastar lo antes acotado con la experiencia de México y su lucha sin cuartel contra el narcotráfico. De esa forma, la lucha contra el crimen arroja en el gobierno de Vicente Fox, en 2001, un total de 1080 muertos, en tanto que el año 2009, en el gobierno de Felipe Calderón, el balance fue de 6575 muertos (Cortez, 2010, p. 32).

Nuestra recopilación de cifras preocupantes en una lucha abiertamente frontal contra el crimen no termina aquí. De esa forma tenemos:

El gobierno federal [...] movilizó durante el pasado año (en referencia a 2009) a 48 mil 750 soldados con la encomienda de realizar tareas de seguridad pública en auxilio de los más de 400 mil policías municipales, estatales y federales. Sin embargo, la violencia criminal, en lugar de disminuir, aumentó en forma extraordinaria. (Pérez, 2010, p. 37)

A lo antes reseñado sobre la compleja lucha sin cuartel contra el crimen, en especial el narcotráfico, Pérez (2010) agrega:

El balance resulta escalofriante:

La guerra declarada por el gobierno mexicano en contra de los cárteles del narcotráfico ha costado más vidas que las drogas mismas. Es una guerra imposible de ganar, sin importar el número de efectivos militares que se envíen a combatir a los cárteles de la droga. (p. 39)

Nuestro balance, a partir de lo afirmado, es puntual: las políticas meramente reactivas y, en consecuencia, fundamentalmente represivas, no arrojan un saldo positivo en materia de derechos humanos, a partir de problemas de seguridad ciudadana. Y el fundamento de esta afirmación, a partir de la experiencia mexicana, reside en un hecho objetivo: la represión solo militar, o solo policial, sin un enfoque de derechos humanos, solo atiza los problemas de seguridad, y no siempre representa la opción más viable en materia de relaciones materiales entre seguridad ciudadana y derechos humanos.

Por consiguiente, el enfoque de derechos humanos deviene en un necesario insumo de relevancia en toda política pública de seguridad ciudadana, y ello nos permite entonces llegar a una valiosa conclusión en el sentido de que «los conceptos de seguridad ciudadana y derechos humanos deben conformar un matrimonio imprescindible y el fruto de esa unión será la paz social» (Cartagena, 2010, p. 8).

La reflexión antes descrita es de suyo valiosa, en cuanto grafica nuestra propuesta por entender una importante dimensión de los derechos humanos en toda política pública, y de esa consolidación entre derechos humanos y seguridad ciudadana, existen las bases materiales necesarias para una *ciudadanía militante* de los derechos humanos, entendida como un compromiso ético necesario.

Corresponde cerrar este acápite con una idea de interés: ¿puede hablarse de un contenido esencial del derecho humano a la seguridad ciudadana? La idea es retadora y creemos que sí es posible esa acción, en la medida que asociemos el núcleo duro o contenido esencial de un

derecho, como se suele asociar regularmente, al principio de interdicción de la arbitrariedad.

De la forma señalada, podemos aludir a un contenido esencial del derecho a la seguridad ciudadana, en tanto vinculemos la seguridad a la no afectación arbitraria de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal de los ciudadanos. Existe el derecho a vivir en paz y tranquilidad y la seguridad es un medio de afianzamiento de aquellas. En esencia, toda persona tiene derecho a sentirse segura y protegida en su comunidad (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023, p. 3).

4. DEBER DE PREVENCIÓN Y SEGURIDAD CIUDADANA

La seguridad ciudadana se convierte en una de las anclas para el funcionamiento del Estado de derecho y, por ende, para el sostenimiento de la democracia. Refiere Cartagena (2010) que «lograr conciliar libertad con seguridad es un desafío de la democracia» (p. 8) y ello es de tal relevancia que sin seguridad ciudadana existe el riesgo de serios déficits democráticos.

Un escenario en el cual sea débil la seguridad ciudadana puede producir un alto índice de desconfianza en la democracia e, incluso, existe el riesgo de que, debido a bajos índices de seguridad, sea preferible un régimen autoritario.

Un reporte del diario *El Comercio* de Perú (2023, p. 14) hace referencia al desplome del respaldo a la democracia en América Latina, de tal forma que esa confianza cae de 63 % a 48 % entre 2010 y 2023. Lo más preocupante es que hubiera crecido el respaldo a los autoritarismos, y esa preferencia se habría incrementado de 15 % a 17 % en trece años. El informe señala que «Latinoamérica es una región vulnerable, abierta a los autoritarismos y regímenes antidemocráticos, con un claro retroceso de las democracias». En ese *ranking* Uruguay es el país que más apoya la democracia, con un 68 %, y cierra la lista Perú con solo 8 %.

Es verdad que diferentes factores afectan las democracias contemporáneas, pero no podemos negar el factor de contribución de las falencias en materia de seguridad ciudadana, entorno que impulsa a creer, falsamente, que un régimen autoritario podría estar en la

posibilidad de brindar respuestas más eficaces que uno democrático para reducir la inseguridad.

Es esta amenaza a la democracia el elemento que justifica una inclusión de los derechos humanos y el deber de prevención entre los lineamientos de una política pública en materia de seguridad ciudadana. En efecto, una política pública alejada de los derechos humanos se desvincula de la democracia, pues no negaríamos el matiz punitivo que aquella podría representar si ella se aleja de los necesarios estándares que involucran los derechos humanos.

La pregunta a formular sería directa: ¿creemos en la democracia si esta expresa altos índices de falta de seguridad ciudadana?, ¿estará cumpliendo cabalmente su rol el Estado si no refuerza la seguridad de los ciudadanos? La respuesta habría de ser tentadora en el sentido de confiar menos en la democracia. Y he aquí, al mismo tiempo, la justificación de un *dovere di prevenzione*, o deber de prevención.

Ya García (2010) esboza un concepto que nos parece de interés, al señalar que «no hay democracia sin respeto a los derechos humanos o, como afirman los expertos en estas materias, cada vez que se quebrantan las garantías, así sean las que tutelan a pequeños sectores, se fractura y se pervierte la democracia» (p. 37).

La premisa referida es objetiva: para ser fuerte, una democracia no puede excluir de sus lineamientos una política integral de derechos humanos, y en materia de seguridad ciudadana, uno de los primeros lineamientos al respecto es el deber de prevención.

La antípoda de la afirmación anterior es una democracia débil y esta, entre sus múltiples y posibles expresiones, puede acusar graves problemas sociales. De esa forma:

una política adecuada de seguridad ciudadana tiene que ser concebida, en primer lugar, como parte del conjunto de los esfuerzos de los Estados por avanzar en la inclusión social y la igualdad de oportunidades y como parte del esfuerzo de fortalecer nuestras aún débiles democracias y garantizar los derechos humanos y libertades públicas. (IMDHD, 2010, p. 19)

A tenor de lo afirmado, la inclusión social, esto es, el favorecimiento de oportunidades de desarrollo para los ciudadanos, así como la igualdad de oportunidades, entendida como un reforzamiento del acceso a diferentes facetas de realización personal, consolidan las democracias en varios de sus niveles. ¿Cómo robustecemos estos elementos? Vuelve aquí a ser patente el deber de prevención del Estado, en primer lugar, y de una *ciudadanía militante* de los derechos humanos, como segundo nivel de raciocinio en este mismo estándar.

El deber de prevención a que aludimos parte, también, de una necesidad de combatir la criminalidad desde una perspectiva de derechos humanos, es necesario este último enfoque pues, en caso contrario, la acción del Estado solo sería reactiva y represiva. En esa lógica de análisis, «un riesgo latente es considerar que la criminalidad tiene su base únicamente en el comportamiento individual y que no está relacionada con causas sociales» (IMDHD, 2010, p. 19). Es precisamente ese escenario social el que nos permite un diagnóstico de campo cuyas patologías deben solucionarse asociando derechos humanos y deber de prevención.

A lo indicado hay que sumar las contradicciones que se presentan en la lucha contra la criminalidad y, como señala Baratta, es de tener en cuenta que

«la espiral de violencia se eleva, con la paradoja de que el control del riesgo aumenta el riesgo y la seguridad de los asegurados se vuelve precaria. En lugar de aumentar la seguridad de pocos, crece la inseguridad de todos». (IMDHD, 2010, p. 20)

Lo afirmado nos pone en un escenario muy complejo: en la lucha por la seguridad, crece la inseguridad. ¿Es esto posible? Si hay precariedad de enfoques, es un riesgo latente que corre toda democracia.

En el mismo razonamiento sobre la complejidad de la inseguridad tenemos:

Como señala Cartuyvels «el discurso sobre la inseguridad contribuye finalmente a colonizar las diversas políticas sociales y sanitarias, cuando no las culturales, cuyos objetivos y medios de

financiación son cada vez más determinados por una lógica de prevención de la criminalidad».

Sin duda alguna, este fenómeno pervierte la propia esencia de lo que deber [sic] ser la seguridad en entornos democráticos en donde ni la seguridad puede estar por encima de los derechos fundamentales, ni las políticas sociales puede [sic] estar en función de las criminales, sino todo lo contrario. (IMDHD, 2010, p. 21)

Nos queda, como reflexión crítica, si en nombre de la seguridad ciudadana, pueden ser rebasados algunos límites relacionados con los derechos fundamentales. ¿Sería así pertinente, en aras de acabar con la inseguridad, no solo aumentar penas sino reinstaurar la pena de muerte frente a la delincuencia excesiva? Sin duda la solución planteada —la aplicación de la pena más grave— acarrearía, para la mayoría de Estados, problemas de convencionalidad, pues en ese sentido la CADH es taxativa: para países firmantes del Pacto de San José, no puede reinstaurarse la pena de muerte, a menos que se denuncie la Convención.

Frente a ese obstáculo, ¿sería prudente denunciar la CADH para que un país vuelva a aplicar la pena de muerte? En definitiva, sería un escenario de regresividad de los derechos humanos, tendencia de suyo contraria a la progresividad sustantiva de estos derechos en el mundo contemporáneo. Advirtamos que existen falsos eficientismos sobre este tema, y aquí nos referimos a que la reinstauración de la pena de muerte es, sin duda alguna, un grave retroceso en materia de derechos humanos para toda democracia.

El eficientismo a que aludimos también se expresa en la medición de estándares de personas detenidas como respuesta a la proliferación de la inseguridad ciudadana. La pena de cárcel no debe constituir un fin último del derecho penal, sino un medio de resocialización. De esa forma, ¿son caras las políticas penitenciarias bien conducidas? Por supuesto que sí y es parte de las cargas legítimas en materia de derechos que les asiste a los Estados.

La idea que desarrollamos se puede observar en el planteamiento que consignamos:

Como parte de la política criminal, las políticas públicas sobre seguridad se encuentran vinculadas con el sistema de justicia penal, vinculación que puede tornarse peligrosa si se reduce al binomio seguridad-castigo; es decir, a la idea de que el incremento en el castigo penal conlleva mayor seguridad. Esta concepción es favorecida por las políticas de corte represivo y mano dura en las cuales el indicador principal sobre la eficacia del combate a la criminalidad consiste en el número de personas recluidas en prisión. (IMDHD, 2010, p. 22)

La sociedad también adolece, en su espacio, de actitudes reactivas, lamentablemente desvinculadas de un verdadero involucramiento con los derechos humanos, y al respecto debemos tener en cuenta lo siguiente:

La lógica punitiva prevaleciente ha acarreado algunos efectos que pueden considerarse paradójicos: a pesar de la desconfianza ciudadana frente a la actuación de las instituciones del sistema de justicia, un gran sector de la sociedad parece apoyar ciegamente cualquier iniciativa gubernamental que otorgue mayores atribuciones a los operadores de dicho sistema, principalmente respecto de la investigación y la sanción. Así, de manera contradictoria, en lo referente a la seguridad se generan amplias expectativas sobre los alcances de un sistema en el que, a la vez, casi nadie confía. (IMDHD, 2010, p. 23)

Bajo las pautas descritas, reforzamos el concepto de deber de prevención para proceder a una definición integral de esta. En ese orden de ideas, hemos de tener en cuenta que

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las

cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. (CIDH, 2009, p. 17)

En forma complementaria al deber de prevenir, advertimos la existencia de la obligación de investigar, en la medida que se trata de obligaciones conexas:

La obligación de los Estados de investigar conductas que afectan los derechos protegidos en la Convención Americana deriva de la obligación general de garantía establecida en su artículo 1.1 en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. (CIDH, 2009, p. 18)

A tenor de lo afirmado, entonces, es pertinente plantear una integralidad de la prevención, entendida como una figura que acarrea diversas obligaciones trascendentes, y para ello tenemos que

El enfoque de las políticas de prevención de la violencia debe ser integral. [...] [Pero] todavía hay muchos que creen, o declaran, erradamente, que el aumento de la violencia estatal puede contrarrestar la violencia criminal. Desde esta postura, se plantea la seguridad en términos de «guerra contra el delito», como si hubiera dos instancias de poder de fuego contrapuestas, y que, por lo tanto, la violencia social debe ser respondida con mayor violencia desde las instituciones judiciales y policiales. No obstante, los circuitos de violencia se retroalimentan: las respuestas violentas de las fuerzas públicas suelen generar mayor violencia social, y además no han demostrado ser eficaces en la reducción de los índices de delitos. En síntesis, creemos que para reducir la violencia social es necesario reducir simultáneamente la violencia que las propias instituciones estatales promueven, y que desde espacios regionales e internacionales como esta se puede contribuir con la discusión de estrategias y la elaboración de principios de proporcionalidad que sean aplicables a situaciones particulares. (Pochak, 2014, p. 3)

Pochak desarrolla, con suficiencia, la idea de construir una institucionalidad pública en materia de seguridad ciudadana, y la opone, con buenos argumentos, a la intervención de las fuerzas policiales en la lucha contra la inseguridad. Entonces tenemos:

Las políticas de seguridad ciudadana basadas en un enfoque democrático *requieren como condición de posibilidad construir una determinada institucionalidad pública*. [...]. Estamos convencidos de que es importante fortalecer el gobierno político de la seguridad, como eje contrario a la autonomía de las fuerzas policiales, y también contrario al modelo que se apoya en el uso de las fuerzas militares para enfrentar problemas de criminalidad y violencia, como ocurre aún en algunos países de la región. (Pochak, 2014, p. 3)

Pochak (2014) alude, de igual forma, a un denominado «punitivismo demagógico o fetichismo de la ley» para señalar que

uno de los debates más fuertes de América Latina tiene que ver con la tentación a utilizar el sistema penal como la principal política de seguridad ciudadana. Es común en nuestros países que, en el marco de campañas electorales o ante demandas de seguridad de la población, se recurra a propuestas de endurecimiento de sistemas procesales —en particular, para restringir las excarcelaciones durante la investigación, o limitar las salidas anticipadas al cumplimiento completo de la pena—, el aumento de penas, la tipificación de nuevas conductas, etc. Estas promesas, que muchas veces se combinan con otros «lugares comunes», tales como los discursos políticos dirigidos a cuestionar a los tribunales de justicia por ser demasiado «permisivos» en el tratamiento con los delincuentes, carecen de estudios de impacto. (p. 5)

Por lo tanto, debe ser replicada la idea de que el problema de la inseguridad ciudadana solo puede combatirse desde un agravamiento de las penas respecto a los delitos que conciernen a estos temas. Las leyes

tienen un fin instrumental, es decir, constituyen medios para lograr fines, mas no son el fin en sí mismo. Pensar que la ley rigurosa pondrá fin a la inseguridad ciudadana solo implica una visión sesgada del problema que abordamos.

En conclusión, si aludimos a una idea omnicomprendiva del deber de prevención convendríamos en afirmar que este imperativo de prevención alcanza en su forma sustantiva a las políticas públicas de los Estados, en su calidad de órgano directriz del sistema.

Del mismo modo, en su forma adjetiva, ese deber también alcanza a la sociedad, y de ahí que sea viable volver a enunciar la idea de una *ciudadanía militante* de los derechos humanos, en cuanto este recoge, igualmente, un compromiso ético de respeto por los derechos de las demás personas en la sociedad, más aún cuando nuestro mundo hoy se ha vuelto una aldea global. En cuanto a las interrelaciones entre seres humanos cada vez aluden menos a las distancias físicas. Así las realidades se asemejan, y ellas adquieren compromisos éticos con los derechos humanos.

5. DERECHOS VINCULADOS A LA SEGURIDAD CIUDADANA

Un estudio al que hemos hecho continua mención en este análisis ha sido el informe de la CIDH en materia de seguridad ciudadana, y en réplica de la metodología de la mecánica de ese diagnóstico (2009, pp. 44-99), consideramos prudente reproducir parte de esa dinámica en relación con la vinculación de la seguridad ciudadana con otros derechos asociados a ella.

La razón de esa opción procedimental reside simplemente en la idea de que si bien la seguridad ciudadana no tiene una definición nominal como derecho humano expreso en la CADH, de aquella se desprende un importante entorno de vinculación con otros derechos, los cuales debidamente correlacionados con la seguridad ciudadana como tal nos conducen a la conclusión directa, una de las varias de este estudio, respecto a que la seguridad ciudadana puede considerarse verdaderamente un derecho humano.

Los derechos a continuación enunciados son consignados, de igual forma, por instrumentos relevantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, entre otros, pero hemos de ceñirnos a la CADH por la naturaleza de su vínculo obligacional directo.

5.1. Con el derecho a la vida

El derecho a la vida se encuentra regulado en el artículo 4¹ de la CADH, y parte del supuesto de protección al bien jurídico que por excelencia deviene en el valor más importante en materia de derechos humanos en todo ordenamiento jurídico. En un escenario de alta inseguridad ciudadana este es el bien jurídico más afectado.

Advirtamos que gran parte de la jurisprudencia de mayor relevancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a lesiones irreparables al derecho a la vida, muchas veces vinculadas a entornos de violencia por problemas de seguridad ciudadana. De ahí

1 Convención Americana

Artículo 4

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

que haya una necesaria construcción de estándares jurisprudenciales en materia de derechos humanos respecto al derecho a la vida. La cuestión es objetiva: algunos derechos afectados son reparables; el derecho a la vida, si esta se pierde, no marca camino de retorno, y eso es un factor gravísimo en materia de derechos humanos.

5.2. Con el derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal se encuentra regulado en el artículo 5² de la CADH y su vinculación con la seguridad ciudadana obedece a un segundo nivel de afectación, después del derecho a la vida. Advirtamos dos grados de lesión a la integridad personal: una a nivel físico, propiamente dicho; otra a nivel emocional, en función de los daños psicológicos que puede causar la inseguridad ciudadana.

Son preocupantes, en algunas partes de Latinoamérica, los fenómenos de ajusticiamiento popular, en defensa de la seguridad ciudadana, en tanto estos hechos traducen un quebrantamiento de la fórmula esencial del Estado de derecho, cual es el respeto por la vida. De igual forma, merece destacarse aquí el uso proporcional de la fuerza letal por parte de agentes del Estado, en tanto y en cuanto los excesos en esta

2 Convención Americana

Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

cuestión con facilidad se ubican en el ámbito de una especie de ajusticiamiento fuera del marco de la ley.

Hemos de destacar, en este aspecto, que el derecho a no ser torturado es ya un derecho de *ius cogens*, es decir, de vinculación universal, salvo contadas excepciones en contrario, y por ello nos referimos a los países que no han suscrito la Convención contra la Tortura, poquísimos en realidad.

En este ámbito podemos ubicar, también, el necesario cuestionamiento a los crímenes de lesa humanidad, cuyas variadas modalidades representan afectación a la integridad corporal de las personas. ¿Puede la inseguridad ciudadana recalar en este tipo de crímenes? La relación es perfectamente viable, dado el deterioro simultáneo posible de la integridad física y emocional de las personas.

5.3. Con el derecho a la libertad y la seguridad personales

Este derecho está regulado en el artículo 7³ de la Convención Americana y considera, en su contenido material, la afectación, por un lado, del

3 Convención Americana

Artículo 7

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal

derecho de locomoción, en cuanto la inseguridad ciudadana afecta el derecho a un libre tránsito; por otro lado, la seguridad personal es una consecuencia de un escenario de políticas públicas eficaces en materia de seguridad ciudadana.

En este ámbito, la CIDH destaca como modalidades violatorias de este derecho los plagios, es decir, privaciones de la libertad en perjuicio de los ciudadanos, secuestros y la trata de personas (2009, p. 61), fenómenos que han tenido un crecimiento explosivo en los últimos lustros en esta parte del continente. A esto se suma el trabajo esclavo o forzado en algunos países de la región, así como las detenciones de menores de edad, es necesario que estos merezcan un tratamiento diferenciado, en el aspecto penitenciario, respecto de los adultos.

5.4. Con el derecho a las garantías procesales y a la protección judicial

El derecho a las garantías procesales⁴ debe ser entendido como un mínimo de mínimos de los derechos concernientes al debido proceso, y

amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

4 Convención Americana

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente

respecto de los cuales debe asimilarse una idea de mecanismos necesarios legales y legítimos en la lucha contra la inseguridad ciudadana a nivel jurisdiccional. Observemos que las garantías no deben ser entendidas como obstáculos a la labor judicial y, por el contrario, deben ser asumidas como verdaderas salvaguardias de procesamiento.

Por su parte, la protección judicial⁵ implica el derecho a un juzgamiento célere si de derechos fundamentales se trata.

La lucha contra el crimen exige ser eficaz, pero, de igual forma, demanda ser respetuosa de los derechos de imputados y víctimas, dentro

o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

5 Convención Americana

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

de parámetros de un juzgamiento ajustado a estándares de protección para todas las partes intervinientes.

5.5. Con el derecho a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad

La protección de la honra y su manifestación directa —la dignidad de la persona⁶— denota que los procedimientos policiales que incluyan registros corporales, tanto a personas privadas de libertad como a familiares de estos, deben realizarse sin abusos, es exigible que se apliquen estos solo en casos estrictamente necesarios y bajo protocolos policiales preestablecidos.

Estas condiciones se extienden a los bienes personales que las personas lleven consigo, así como extensivamente incorporan la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en sentido amplio (CIDH, 2009, p. 79).

5.6. Con el derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión⁷, y a su vez de pensamiento, puede verse seriamente afectada en contextos de alta inseguridad ciudadana. Como hemos apreciado *supra*, el caso mexicano es sumamente preocupante,

6 Convención Americana

Artículo 11

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

7 Convención Americana

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

en tanto el asesinato de periodistas por parte del crimen organizado, fenómeno muy recurrente en el país azteca, es una estrategia negativa que afecta la labor periodística.

Por otra parte, sin un adecuado acceso a la información por parte de la sociedad civil, resulta muy difícil construir políticas públicas encaminadas al fortalecimiento de la seguridad ciudadana. La información de calidad resulta un insumo relevante para determinar cuáles ítems de la realidad social necesitan ser reforzados. Desde otro enfoque, las autoridades estatales tienen el deber de informar con transparencia (CIDH, 2009, p. 84). Y de ahí la importancia del funcionamiento de observatorios sobre violencia y delito en la región (CIDH, 2009, p. 86), órganos que no funcionan eficazmente si no existe la más amplia libertad de informar.

5.7. Con el derecho de reunión y asociación

No debemos dejar de lado que, frente a contextos de serias crisis sociales y económicas, un aspecto común en la Latinoamérica de los últimos lustros es que los ciudadanos tienden a manifestarse en protestas

-
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

sociales, y se generan marchas, a veces multitudinarias, en ejercicio del derecho de reunión. Aquí hemos de destacar la importancia de la actuación proporcional de las fuerzas policiales cuando los ciudadanos ejerzan su derecho de reunión, el cual suele expresarse, con frecuencia, en manifestaciones públicas.

Por tanto, deviene importante realizar en los ordenamientos jurídicos nacionales una mejor configuración legal del derecho de reunión, a efectos de que los ciudadanos puedan ejercer esta potestad en forma pacífica. Es reprobable la violencia en todas sus modalidades, tanto por parte de los manifestantes, así como de las fuerzas del orden. Consideramos que una mejor delimitación legal de este derecho preveniría mejor la conflictividad social que ocurre, a veces, a propósito del ejercicio de este derecho.

5.8. Con el derecho a participar en los asuntos de interés público

La afectación del derecho de participación⁸ también puede manifestarse cuando se impide la participación de la sociedad organizada en la planificación, implementación y evaluación de medidas para la prevención situacional de la violencia y el delito (CIDH, 2009, p. 96).

En ese orden de ideas, las asociaciones de vecinos, las organizaciones comunitarias, las redes y grupos de interés, al conformar un valioso capital social, resultan elementos de interacción necesaria para expresar

8 Convención Americana

Artículo 23

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

posiciones sociales de interés en la construcción de políticas públicas sobre seguridad ciudadana. Igualmente, se erigen en herramientas sustantivas para el ejercicio del control sobre las acciones de las autoridades públicas en un Estado democrático (CIDH, 2009, p. 97).

5.9. Con el derecho al uso pacífico de los bienes

Finalmente, la inseguridad ciudadana afecta el uso pacífico de los propios bienes⁹, en la medida que puede verse afectado el derecho de propiedad al proliferar la delincuencia en distintos niveles.

Aquí es fundamental enfatizar la importancia de todos los bienes materiales de los ciudadanos, independientemente de su valor. El derecho de propiedad confiere al propietario el derecho de disposición sobre su bien, y es el Estado el ente llamado a garantizar ese ejercicio. Por consiguiente, hay un llamamiento material a este para garantizar aquel ejercicio enunciado, es necesario evitar sentimientos de frustración y desprotección (CIDH, 2009, p. 100), si acaso la inseguridad ciudadana prevaleciera de tal forma que haga inviable el desarrollo del derecho de propiedad.

6. IDEAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

Los diagnósticos materia de este estudio nos permiten una primera e importante conclusión: la seguridad ciudadana es un verdadero derecho humano, y la objeción formal de que no obre como derecho recogido en forma directa por la CADH es notoriamente insuficiente, además de

9 Convención Americana

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

denotar un efecto de literalidad que hoy no es parte de la interpretación convencional en materia de derechos humanos.

En ese orden de ideas, la vinculación más que estrecha a otros derechos —derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad y la seguridad personales, a las garantías procesales y a la protección judicial, a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad, a la libertad de expresión, de reunión y asociación, a participar en los asuntos de interés público, y al uso pacífico de los bienes— nos persuaden de la relevancia de considerar a la seguridad ciudadana como un ancla del Estado de derecho.

Hemos abordado en este análisis algunas definiciones sobre seguridad ciudadana, diferenciándola del concepto abierto de seguridad pública, concepción esta última vinculada en mayor grado a un entorno más general, que concierne al Estado en forma amplia, incluida la defensa nacional. La seguridad ciudadana, por su lado, concierne a entornos también generales, pero asume una visión más específica de la sociedad.

De la misma forma, hemos afianzado, como concepto central de este estudio, la noción de una estrecha relación entre seguridad ciudadana y derechos humanos, en la medida que aquella sin estos solo implica posiciones reactivas y sesgadas de los Estados.

Una cultura de derechos humanos en materia de seguridad ciudadana es un requerimiento material a todo Estado de derecho, a fin de no apreciar la lucha contra la inseguridad solo como un conjunto de medidas para incrementar las penas, e impulsar solo una tesis de lucha reactiva contra la delincuencia.

De esa vinculación entre seguridad ciudadana y derechos humanos, construimos una concepción fuerte del denominado deber de prevención, entendido como una exigencia tanto al Estado como a la sociedad en sus diferentes estamentos. Precisamente esta última idea nos permite afianzar la tesis de una *ciudadanía militante* en materia de seguridad ciudadana, en tanto una concepción fuerte por los derechos humanos irradiará hacia políticas públicas debidamente construidas.

Es de verse, en consecuencia, que es un deber de los Estados prever medidas de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, pero a su vez

se trata de un compromiso ético de la ciudadanía por el respeto a los derechos humanos, los cuales tienen un contenido de moralidad del cual debemos estar convencidos. Por tanto, la propuesta de afianzar la idea del gobierno político de seguridad demanda un compromiso de toda la ciudadanía en sus más diversos niveles.

Finalmente, no es una quimera pensar en una *ciudadanía militante* de los derechos humanos, a partir de una relación conceptual más estrecha entre estos últimos y la seguridad ciudadana. Y es justamente esa íntima correlación entre ambas nociones la premisa de entrada que nos permite proyectar el deber de prevención no solo como una obligación estatal, sino como una exigencia a la sociedad misma, en sus diversos niveles.

Y la forma de involucrar a la sociedad, a juicio nuestro, sería asumir que el *nomen* «ciudadanía militante» se caracteriza por una idea omni-comprendiva de los derechos humanos a nivel de todos los estamentos ciudadanos, definición fuertemente correlacionada con la relevancia de los derechos humanos.

La seguridad ciudadana, finalmente, se verá fortalecida si recogemos las propuestas acotadas. No se trata simplemente de diagnosticar buenos propósitos. Ya Dante reseñaba con maestría literaria los círculos del infierno, y con ello parecía decirnos que ese camino al averno se encontraba empedrado de buenas intenciones. Trabajemos por un Estado de derecho que permita ese propósito de una seguridad ciudadana que, antes que ostentar solo buenos propósitos, se caracterice por un matiz fuerte y respetuoso de los derechos humanos.

REFERENCIAS

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2023). *Pensar la seguridad ciudadana desde los derechos humanos*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34415/1/Informe_N_10_23_Pensar_la_seguridad_ciudadana_desde_los_derechos_humanos.pdf

- Cartagena, I. (2010). Seguridad ciudadana, un derecho humano. *Revista Regional de Derechos Humanos*, (2), 3-13. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26029.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>
- Cortez, E. (2010). ¿Seguridad ciudadana inalcanzable? En Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, *Seguridad ciudadana y derechos humanos* (pp. 29-35). <https://imdhd.org/wp-content/uploads/2020/01/Seguridad-Ciudadana-1.pdf>
- El Comercio (2023, 22 de julio). El respaldo a la democracia se desploma en América Latina, 14.
- García, F. (2010). Seguridad ciudadana y derechos humanos. En S. García y O. Islas de González (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal* (pp. 33-37). Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Nacional de Ciencias Penales. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/3.pdf>
- Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia (IMDHD) (2010). *Seguridad ciudadana y derechos humanos*. <https://imdhd.org/wp-content/uploads/2020/01/Seguridad-Ciudadana-1.pdf>
- Pérez, J. (2010). México: La crisis de la seguridad pública y la participación del ejército. En Instituto Mexicano de Derechos Humanos y Democracia, *Seguridad ciudadana y derechos humanos* (pp. 37-41). <https://imdhd.org/wp-content/uploads/2020/01/Seguridad-Ciudadana-1.pdf>
- Pochak, A. (2014). *La seguridad ciudadana con perspectiva de derechos humanos como desafío de la política criminal*. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2014/08/presentacion_Conversatorio_Peru.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2020). *Análisis sobre innovación en seguridad ciudadana y derechos humanos en América Latina y el Caribe. Una perspectiva desde las políticas públicas y la gestión institucional*. <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/undp-rblac-es-Analisis-innovacion-seguridad-ciudadana-derechos-humanos-VF.pdf>

Silva, A. (2021). *Política pública de seguridad ciudadana con enfoque de derechos humanos. Hacia un modelo de seguridad democrática*. Friedrich Ebert Stiftung. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/18974.pdf>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Agradecimientos

Sin agradecimientos.

Biografía del autor

Doctor en Derecho. Juez superior del Distrito Judicial de Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente del Área Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, filial Chiclayo. Exbecario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law (IACL).

Correspondencia

efigueroag@pj.gob.pe

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 239-291

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.788

¿La excepción de improcedencia de acción y el sobreseimiento regulan los mismos supuestos de aplicación? Análisis de su aplicación en la etapa intermedia

Do the plea of inadmissibility of the action and the dismissal of the action regulate the same assumptions of application?
Analysis of their application in the intermediate stage

A alegação de inadmissibilidade da ação e a improcedência regulam as mesmas hipóteses de aplicação? Análise de sua aplicação na fase intermediária

RICHARD ALEXANDER CABRERA VILLA
Corte Superior de Justicia de Cajamarca
(Cajamarca, Perú)

Contacto: rcabrerau@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0002-6568-5365>

RESUMEN

A través del presente artículo se pretende efectuar un análisis respecto a la aplicación de la excepción de improcedencia de acción en la etapa intermedia y su colisión con el supuesto de sobreseimiento regulado en el literal b del numeral 2 del artículo 344 del Código Procesal.

El estudio tendrá como punto de partida el antiguo régimen procesal penal aplicado en la República del Perú, para luego considerar la normativa comparada de otros países, algunos de ellos de influencia acusatorio-garantista en cuanto a la aplicación del proceso sancionatorio penal punitivo, tales como el Código Procesal chileno de 2002, el Código

de Procedimiento Penal colombiano de 2004, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2014, el Código Procesal Penal de Paraguay de 1998, el Código de Procedimiento Penal de Ecuador de 2000, el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2001, el Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999, el Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998, los Códigos Procesales Penales de El Salvador, el Código Procesal Penal de Panamá de 2008 y el Código Procesal Penal de Honduras de 2002.

Posteriormente, se efectúa una descripción de las notas esenciales de la excepción de improcedencia de acción y del sobreseimiento desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia para, finalmente, comparar los supuestos de aplicación de ambas instituciones y arribar a las conclusiones respectivas para un mejor entendimiento de estas.

Palabras clave: excepción de improcedencia de acción; sobreseimiento; investigación preparatoria; etapa intermedia; elementos de convicción o prueba.

Términos de indización: procedimiento legal; administración de justicia; sentencia judicial (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the application of the exception of inadmissibility of the action in the intermediate stage and its collision with the assumption of dismissal regulated in paragraph b of numeral 2 of article 344 of the Procedural Code.

The study will have as a starting point the old criminal procedural regime applied in the Republic of Peru, to then consider comparative regulations of other countries, some of them with an accusatory-guarantist influence regarding the application of the punitive penal process, such as the Chilean Procedural Code of 2002, the Colombian Code of Criminal Procedure of 2004, the Argentinean Code of Criminal Procedure of 2014, the 1998 Code of Criminal Procedure of Paraguay, the 2000 Code of Criminal Procedure of Ecuador, the 2001 Organic Code of Criminal Procedure of Venezuela, the 1999 Code of Criminal Procedure of Bolivia, the 1998 Code of Criminal Procedure of Costa Rica, the 1998

Code of Criminal Procedure of El Salvador, the 2008 Code of Criminal Procedure of Panama and the 2002 Code of Criminal Procedure of Honduras.

Subsequently, a description is made of the essential notes of the exception of inadmissibility of action and dismissal from the point of view of doctrine and jurisprudence, to finally compare the assumptions of application of both institutions and arrive at the respective conclusions for a better understanding of them.

Key words: exception of inadmissibility of action; dismissal; preparatory research; intermediate stage; elements of conviction or proof.

Indexing terms: judicial procedure; administration of justice; legal decisions (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação da exceção de inadmissibilidade da ação na etapa intermediária e sua colisão com a improcedência do caso regulada na alínea b do numeral 2 do artigo 344 do Código Processual.

O estudo terá como ponto de partida o antigo regime processual penal aplicado na República do Peru e, em seguida, considerará a legislação comparada de outros países, alguns dos quais com influência acusatório-garantista em termos de aplicação do processo penal punitivo, como o Código Processual Chileno de 2002, o Código de Processo Penal Colombiano de 2004, o Código de Processo Penal da Nação Argentina de 2014, o Código de Processo Penal Paraguaio do Paraguai de 2007, o Código de Processo Penal do Paraguai de 2007, o Código de Processo Penal do Paraguai de 2007, o Código de Processo Penal do Peru de 2007, o Código de Processo Penal do Peru de 2007 e o Código de Processo Penal da República do Peru de 2007, o Código de Processo Penal paraguaio de 1998, o Código de Processo Penal equatoriano de 2000, o Código Orgânico de Processo Penal venezuelano de 2001, o Código de Processo Penal boliviano de 1999, o Código de Processo Penal costarricense de 1998, os Códigos de Processo Penal de El Salvador, o Código de Processo Penal panamenho de 2008 e o Código de Processo Penal hondurenho de 2002.

Posteriormente, é feita uma descrição das características essenciais do fundamento de inadmissibilidade e improcedência do ponto de vista da doutrina e da jurisprudência, para finalmente comparar os casos de aplicação de ambas as instituições e chegar às respectivas conclusões para uma melhor compreensão delas.

Palavras-chave: alegação de inadmissibilidade; demissão; investigação preparatória; estágio intermediário; elementos de convicção ou prova.

Termos de indexação: procedimento legal; administração da justiça; sentença judicial (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 9/6/2023

Revisado: 28/6/2023

Aceptado: 15/4/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 350 del Código Procesal Penal establece que luego del traslado de la acusación fiscal, las partes procesales, en especial la parte acusada, pueden, entre otros¹, deducir excepciones. A su turno, el literal b del artículo 6.1 del referido cuerpo normativo regula que en el proceso penal se pueden deducir, entre otras excepciones, la de improcedencia de acción cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

-
- 1 Observar la acusación del fiscal por defectos formales, y requerir su corrección, solicitar la imposición o la revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada; pedir el sobreseimiento; instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad; ofrecer pruebas para el juicio, adjuntar la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, así como precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos; objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

De otro lado, el literal b del artículo 344.2 del Código Penal Adjetivo señala que el sobreseimiento procede cuando el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; mientras que el literal d del artículo 350.1 del mencionado código establece que la parte acusada puede solicitar el sobreseimiento de la causa seguida en su contra, entre ellas la contenida en el literal b del indicado artículo.

De los preceptos normativos antes mencionados se advierte que ambas instituciones procesales podrían regular el mismo supuesto de aplicación; por lo que en el presente artículo se tratará de efectuar una interpretación sobre cuándo es que procede cada una de ellas, o si es el caso de que ambas regulan el mismo supuesto de aplicación, por qué razón fueron incluidas por el legislador en la etapa intermedia. Ello sobre la base del análisis de jurisprudencia y de antecedentes legislativos nacionales y de derecho comparado, con la finalidad de establecer lineamientos que decanten por una o por otra posición que podrían ser tomados en cuenta al momento de resolver incidencias en las cuales, en la etapa intermedia, la defensa de la parte acusada las invoque de manera simultánea.

2. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN Y EL SOBRESEIMIENTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 126, publicado el 15 de junio de 1981, se estableció que «contra la acción penal pueden deducirse las excepciones de naturaleza de juicio, naturaleza de acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción». La excepción de naturaleza de acción se promovía cuando «el hecho denunciado no constituye delito o no es justificable penalmente»; es decir, contempla el mismo supuesto que el regulado en el literal b del artículo 6.1 del Código Procesal Penal de 2004, solo se modifica la nomenclatura o *nomem iuris*. Además, se normó que dicho mecanismo de defensa podía ser postulado en cualquier etapa del proceso, esto es, durante la instrucción o el juicio, incluso podía ser dictaminado de oficio por el juez.

Ahora bien, en atención a lo señalado en el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales, la etapa de instrucción tenía por objeto «reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización». Así, de acuerdo con el artículo 77 del referido código, el juez instructor «solo abriría la instrucción, si creía que el hecho denunciado constituye un delito y que la acción penal no ha prescrito». Sin embargo, este dispositivo legal fue modificado en diversas oportunidades², y con la última modificatoria se introdujo la llamada audiencia de presentación de cargos³.

2 Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Ley n.º 21895, publicado el 3 de agosto de 1977. Artículo 107 del Decreto Legislativo n.º 52, publicado el 18 de marzo de 1981. Artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 126, publicado el 15 de junio de 1981. Artículo 1 de la Ley n.º 24388, publicada el 6 de diciembre de 1985. Artículo 1 de la Ley n.º 28117, publicada el 10 de diciembre de 2003; y artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1206, publicado el 23 de septiembre de 2015.

3 **Artículo 77.- Audiencia de presentación de cargos**

1. Emitida la formalización de la denuncia penal, el representante del Ministerio Público deberá notificar dicha resolución a las partes; y solicitará por escrito al Juez Penal que fije fecha y hora para la audiencia de presentación de cargos, indicando el delito imputado y los datos de identificación de las partes con fines de notificación.
2. La audiencia de presentación de cargos es inaplazable. Se instalará con la presencia del Fiscal y el defensor del imputado, pudiendo participar los defensores de las demás partes. El imputado que no contare con defensor privado será asistido por un defensor público.
3. Recibida la solicitud del representante del Ministerio Público, el Juez deberá fijar la audiencia en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles. Para la notificación de los sujetos procesales se empleará el medio alternativo más célere e idóneo. En los casos en que el imputado se encontrare en detención la audiencia se realizará dentro de las 48 horas.
4. Instalada la audiencia, el Juez concederá el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin que sustente su denuncia, explicando los hechos, la calificación legal y los actos de investigación actuados que justifiquen la apertura de instrucción.
5. Acto seguido, se escuchará al defensor del imputado quien podrá ejercer contradicción a lo alegado por el Fiscal y solicitar auto de no ha lugar conforme

Adicionalmente, se incluyó el artículo 77-A, el cual establece lo siguiente:

-
- a lo previsto en el artículo 77-A. Si está presente el defensor del agraviado, podrá solicitar su constitución en parte civil conforme a lo previsto en los artículos 55 y 57, seguidamente se escuchará al tercero civil. El Juez podrá formular las preguntas o aclaraciones pertinentes y, finalmente escuchará al imputado.
6. El Juez resolverá oralmente en audiencia la procedencia de la apertura de la instrucción, para ello, realizará un control de legalidad de la imputación formulada y determinará si existen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.
 7. Emitido el auto de apertura de instrucción, el Juez instará a los sujetos procesales a que:
 - a) Acuerden los hechos que aceptan y que dará por acreditados, obviando su investigación.
 - b) Propongan acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados.Los acuerdos de los sujetos procesales vincularán al Juez.
 8. Acto seguido, el Juez solicitará al representante del Ministerio Público, así como al defensor del imputado y del agraviado, postulen los actos de investigación que acrediten su pretensión, debiendo indicar la necesidad de los mismos. Solo se ordenarán los actos pertinentes, conducentes y útiles conforme al objeto del proceso.
 9. Atendiendo a los actos de investigación ordenados en la instrucción, el Juez Penal fijará el plazo de la misma, aplicando el principio de razonabilidad. En un plazo no mayor a tres (3) días hábiles de realizada la audiencia, el Juez notificará a los sujetos procesales inasistentes de las diligencias programadas.
 10. La audiencia concluye con la emisión del auto de apertura de instrucción, el cual es inimpugnable, salvo en el extremo que resuelve los actos de investigación postulados por las partes e impone la medida coercitiva. La apelación es sin efecto suspensivo. En estos casos, el juez elevará en el día el cuaderno a la Sala Superior, la que fijará audiencia en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad. La audiencia es inaplazable y se instalará con quienes asistan. Habiendo escuchado a las partes la Sala Superior resolverá por escrito en un plazo de 48 horas.
 11. En los casos que el representante del Ministerio Público requiera la prisión preventiva del imputado, dicho requerimiento se discutirá en la misma audiencia, una vez fijados los actos de investigación y el plazo de la instrucción.
 12. En los casos de investigaciones complejas el Juez a fin de emitir la resolución, podrá suspender la audiencia hasta por 48 horas.

El Juez expedirá un auto de No Ha lugar, cuando se presenten los siguientes supuestos:

- a. El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado.
- b. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.
- c. La acción penal se ha extinguido.
- d. No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya indicios mínimos que vinculen al imputado con el hecho delictivo. [...].

Nótese que los supuestos de no ha lugar a abrir instrucción son los mismos a los que se refiere el artículo 344.2 del Código Procesal de 2004, supuestos de sobreseimiento.

De una interpretación sistemática de los dispositivos legales antes mencionados y sus respectivas modificatorias se puede advertir que la excepción de naturaleza de acción era un mecanismo de defensa que el imputado podía formular frente a la denuncia efectuada por el Ministerio Público; sin embargo, ante la inclusión de la denominada audiencia de presentación de cargos, este solo puede, en dicha audiencia, solicitar la emisión de un auto de no ha lugar en atención a lo previsto en el artículo 77-A del Código de Procedimientos Penales y bajo los supuestos que allí se establecen.

Luego de concluida la etapa de instrucción y ya formulada la acusación fiscal, la defensa de la parte encausada puede formular la excepción de naturaleza de acción en el momento en que se le confiere traslado de la pretensión penal, ello en atención a lo establecido en el artículo 232 del Código de Procedimientos Penales⁴, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 959, publicado el 17 de agosto de 2004.

4 Artículo 232.- Solicitudes probatorias y medios de defensa

1. Hasta tres días antes de la realización de la audiencia, las partes pueden ofrecer medios probatorios para su actuación en el acto oral, indicando específicamente la pertinencia y el aporte que pudiera obtenerse con su actuación. En el caso de testigos y peritos se les identificará y precisará los puntos sobre los que deban declarar o exponer. De esta solicitud se acompañará un número de copias

En lo que respecta al proceso sumario debe precisarse, conforme a lo regulado en el Decreto Legislativo n.º 124, que se rige por las reglas del proceso ordinario, con la particularidad de que, luego de culminada la etapa de instrucción, el artículo 5 en un inicio establecía lo siguiente: «Con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de diez días, plazo común para que los abogados defensores presenten los informes escritos que correspondan»; sin embargo, dicho dispositivo legal fue modificado por el artículo 2 de la Ley n.º 28117, publicada el 10 de diciembre de 2003, y quedó redactado de la siguiente manera:

Con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de diez días, plazo común para que los abogados defensores presenten los informes escritos que correspondan o soliciten informe oral. Vencido dicho plazo no es admisible el pedido de informe oral. Formulada la acusación fiscal solo se admitirán a trámite las recusaciones que se funden en alguna de las causales previstas en el artículo 29 y siempre que se acompañe prueba instrumental que las sustente. Las recusaciones que se formulen después de fijada la fecha de la audiencia pública de lectura de la sentencia serán rechazadas de plano; se exceptúa el caso de avocamiento de un nuevo juez, quien solo puede ser recusado por alguna de las causales previstas en el artículo 29 sustentada en prueba instrumental. **Las excepciones, cuestiones previas y cualquier otro medio de defensa técnica que se deduzcan después de formulada la acusación fiscal no darán lugar a la formación de cuaderno incidental y serán resueltas con**

suficiente para cada uno de los interesados, las que la Sala Penal mandará entregar. La Sala ordenará la comparecencia de los testigos o peritos, corriendo de cuenta de los interesados los gastos que ella ocasione.

- 2. En igual plazo, las partes, siempre que no se sustenten en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior, pueden deducir cuestión previa, excepciones y cuestiones de competencia, salvo el supuesto de recusación que se rige por su propia normatividad. La Sala resolverá inmediately y en el plazo de tres días, previa vista fiscal que se expedirá en igual plazo.**

la sentencia, el decreto que así lo disponga será notificado a las partes con copia de los escritos en los que se deduzcan dichos medios de defensa [énfasis añadido].

Finalmente, el mencionado artículo fue modificado una vez más por el artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1206, publicado el 23 de septiembre de 2015, cuyo texto es como sigue:

Con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de cinco (5) días hábiles, plazo para que los abogados defensores presenten los informes escritos que correspondan. Vencido el plazo señalado, el Juez, sin más trámite, deberá pronunciar la resolución que corresponda en el término de diez (10) días hábiles.

De lo anterior se infiere que las excepciones, entre ellas de naturaleza de juicio, podían ser formuladas durante la instrucción o luego de enunciada la acusación. En el primer supuesto, se formaba incidente; en el segundo, se resolvía junto con la sentencia. Pero, a partir de la última modificatoria, se entiende que estos medios de defensa solo podían ser formulados en la etapa de instrucción. Sin perjuicio de ello, es menester recalcar que en el proceso sumario también se realiza una audiencia de imputación de cargo, por lo que el juez puede declarar no ha lugar a la instrucción penal si de dan los supuestos contenidos en el artículo 77-A del Código de Procedimiento Penal, de oficio o a pedido del imputado, conforme se establece en el «Protocolo de actuación interinstitucional para dotar de eficacia a los procesos penales ordinarios y sumarios en el marco del Decreto Legislativo n.º 1206», puesto en conocimiento de los jueces de la República mediante la Resolución Administrativa n.º 106-2015-P-PJ, de fecha 9 de diciembre de 2015.

De este modo, es evidente que en ningún momento del desarrollo del proceso, bajo el modelo procesal penal anterior —proceso ordinario o sumario—, se puede deducir la excepción de naturaleza de acción y solicitar el auto de no ha lugar de manera simultánea.

3. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN Y EL SOBRESEIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Con la finalidad de tener un mejor panorama respecto a la inclusión de la excepción de improcedencia de acción en el Código Procesal Penal de 2004 en la etapa intermedia, se analizará la legislación procesal penal de América del Sur y Centroamérica, que tiene como base también al sistema acusatorio-adversarial.

3.1. En el Código Procesal chileno de 2002

En el artículo 248 se estableció lo siguiente:

Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

A su turno, el artículo 250 prescribe:

El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito; b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado; c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal; d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad

penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley; e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y f) Cuando el hecho de que se tratase hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

De otro lado, en atención a lo regulado en el artículo 263, luego de presentada la acusación el encartado podrá, hasta antes del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito o de manera oral:

señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección; deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento; y, exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259⁵.

Son «excepciones de previo y especial pronunciamiento la de incompetencia del juez de garantía; litis pendencia; cosa juzgada; falta

5 Artículo 259.- Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa: a) La individualización de el o los acusados y de su defensor; b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica; c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal; d) La participación que se atribuyere al acusado; e) La expresión de los preceptos legales aplicables; f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio; g) La pena cuya aplicación se solicitare, y h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado. Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades. La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren; y, extinción de la responsabilidad penal»; las excepciones de cosa juzgada y de extinción pueden ser formuladas, si no se hizo en dicha oportunidad, en juicio oral, conforme se desprende de los artículos 264 y 265.

Finalmente, como parte de los derechos del imputado, se tiene que aquel puede solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechaza (literal f del artículo 93).

De los dispositivos legales detallados se advierte que el imputado puede solicitar el sobreseimiento de la causa por los motivos establecidos en el artículo 250, entre los cuales se contempla que el «hecho investigado no fuere constitutivo de delito», supuesto similar al contenido en la excepción de improcedencia de acción del Código Procesal Penal de 2004. Mientras que en la audiencia de preparación de juicio, o durante este, puede formular excepciones, en las cuales no se contempla un supuesto similar o igual a la referida excepción. Por lo tanto, se destaca que ambas figuras procesales no confluyen.

3.2. En el Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004

En los artículos 331 y 332, se establece:

el fiscal, en cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación, solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar en base a los siguientes casos: i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; iii) inexistencia del hecho investigado; iv) atipicidad del hecho investigado; v) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; vi) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; vii) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294, incluso, durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los ítems i) y iii), el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Formulada la acusación y en la audiencia de su propósito el juez:

ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337⁶, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación. (art. 339)

Como se observa, en el procedimiento penal colombiano no se ha introducido la figura de las excepciones. El análisis de tipicidad del hecho materia de investigación se realiza a mérito de la solicitud de

6 Artículo 337. Contenido de la acusación y documentos anexos

El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a) Los hechos que no requieren prueba.
 - b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
 - f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
 - g) Las declaraciones o deposiciones.

preclusión efectuada por la fiscalía, luego de lo cual el juez procede conforme a lo regulado en los artículos 333, 334 y 335⁷.

3.3. En el Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2014

En el artículo 37 se establece que «las partes podrán oponer las siguientes excepciones: a. falta de jurisdicción o de competencia; b. falta de acción, porque esta no pudo promoverse, no fue iniciada legalmente o no puede proseguirse; c. extinción de la acción penal o civil».

Estas, en atención al artículo 38, se deducirán oralmente en las audiencias, como por ejemplo en la audiencia de formalización de la investigación preparatoria, en función de lo regulado en el artículo 225⁸.

7 **Artículo 333. Trámite**

Previo solicitud del fiscal el juez citará a audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, en la que se estudiará la petición de preclusión. Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada. Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal. En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas. Agotado el debate el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente.

Artículo 334. Efectos de la decisión de preclusión

En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

Artículo 335. Rechazo de la solicitud de preclusión

En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la Fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión. El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

- 8 **Artículo 225. Audiencia.** En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal para que exponga verbalmente la imputación y las solicitudes que considere necesarias. A continuación, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente. Luego, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen y resolverá inmediatamente las cuestiones articuladas. Si el imputado se encontrare detenido, se discutirá la legalidad de la detención producida por las autoridades de prevención. Finalizada la audiencia, el representante del Ministerio Público Fiscal perderá la facultad de archivar o aplicar un criterio de oportunidad.

De otro lado, luego de la etapa de investigación, el fiscal, atento a lo regulado en el artículo 236, podrá solicitar el sobreseimiento de la causa si:

- a. el hecho investigado no se ha cometido;
- b. el hecho investigado no encuadra en una figura legal penal;
- c. el imputado no ha tomado parte en él;
- d. media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad;
- e. agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio;
- f. la acción penal se ha extinguido;
- g. se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código.

En la etapa de postulación de la pretensión penal, acusación, conforme a los artículos 244 y 246, la defensa del acusado puede:

- a. objetar la acusación o la demanda civil, señalando defectos formales;
- b. oponer excepciones;
- c. instar el sobreseimiento;
- d. proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del procedimiento de juicio abreviado;
- e. solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa;
- f. plantear la unión o separación de juicios;
- g. contestar la demanda civil.

Como puede verse, si bien es cierto que en la etapa de acusación se pueden formular excepciones y solicitar el sobreseimiento como en la regulación peruana, también lo es que los supuestos por los cuales se

aplican una y la otra no son incompatibles. El análisis de que el evento delictivo no constituye delito se efectúa en el pedido de sobreseimiento —el hecho no encuadra en la figura legal penal o media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad—; mientras que en las excepciones se analiza la falta de jurisdicción o de competencia, la falta de acción y la extinción de la acción penal o civil.

3.4. En el Código Procesal Penal de Paraguay de 1998

El artículo 329 establece:

Las partes podrán oponerse al progreso del procedimiento, ante el juez, mediante las siguientes excepciones:

- 1) falta de jurisdicción o incompetencia;
- 2) falta de acción, por improcedente, o porque no fue iniciada legalmente, o porque existe un impedimento legal para proseguirla; y,
- 3) extinción de la acción penal.

Adicionalmente, se menciona que «las excepciones no interpuestas durante la etapa preparatoria, podrán ser planteadas posteriormente. El rechazo impedirá que sea deducida nuevamente por los mismos motivos» (art. 329).

Atento a los artículos 347 y 351, el Ministerio Público, aparte de la acusación, puede solicitar:

- 1) el sobreseimiento definitivo cuando estime que los elementos de prueba son manifiestamente insuficientes para fundar la acusación; y,
- 2) el sobreseimiento provisional cuando estime que existe la probabilidad de incorporar nuevos medios de convicción.

También, podrá solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado y que se promueva la conciliación.

Empero, cuando se formula acusación, las partes procesales, cuando les corresponda, podrán, entre otros aspectos:

- 1) señalar los vicios formales o el incumplimiento de aspectos formales de la acusación;
[...]
- 3) oponer las excepciones previstas en el Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
- 4) solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional;
- 5) proponer la aplicación de un criterio de oportunidad [...]
- 6) solicitar la suspensión condicional del procedimiento. (art. 353)

De esta manera, se advierte que si bien en la etapa de acusación se pueden formular excepciones y solicitar el sobreseimiento como en el Código Procesal Penal peruano de 2004, los supuestos por los cuales se aplican una y la otra no son incompatibles, incluso los supuestos de sobreseimiento no son los mismos que en la regulación peruana.

3.5. En el Código de Procedimiento Penal de Ecuador de 2000

Culminada la etapa de instrucción fiscal:

Quando el fiscal estime que no hay mérito para promover juicio contra el procesado, en la audiencia solicitada al juez de garantías penales [...], se pronunciará sobre su abstención de acusar cuando concluya que no existen datos relevantes que acrediten la existencia del delito; o, si frente a la existencia del hecho, la información obtenida no es suficiente para formular la acusación. (art. 226)

De lo contrario, conforme al artículo 224, si el fiscal considera que

los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o partícipe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio y requerir al juez de garantías penales que dicte auto de llamamiento a juicio.

Cabe resaltar que la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen tiene como finalidad:

1. Conocer de los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, los mismos que, de ser posible, serán subsanados en la propia audiencia.
2. Resolver sobre cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.

En esa misma línea:

3. Los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán presentadas en el juicio, cada una tendrá el derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes.
4. Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y el Código de Procedimiento Penal; y,
5. Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con el fin de dar por demostrados ciertos hechos y evitar controvertirlos en la audiencia de juicio. (art. 227)

Sin perjuicio de lo anterior, en el procedimiento penal ecuatoriano se destaca la figura del sobreseimiento, el cual, atento al artículo 240, se clasifica en (i) sobreseimiento provisional del proceso y provisional del procesado; (ii) sobreseimiento definitivo del proceso y definitivo del procesado; y, (iii) sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del procesado. El sobreseimiento provisional —del proceso o del procesado— procede cuando:

el Juez de garantías penales considera que los elementos en los que el Fiscal ha sustentado la presunción de existencia del delito o la participación del procesado, no son suficientes, declarando que, por el momento, no puede continuarse con la etapa del juicio. (art. 241)

Mientras que el sobreseimiento definitivo del proceso y del procesado opera cuando el referido juez concluye que «los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción; [...] [o] si encuentra que se han establecido causas de justificación que eximan de responsabilidad al procesado» (art. 242).

De otro lado, conforme lo establece el artículo 243, el sobreseimiento será provisional del proceso y definitivo del procesado, «si el juez de garantías penales hubiere llegado a la conclusión de que los elementos que permiten presumir la existencia del delito son suficientes, pero no existen indicios de responsabilidad del procesado».

De la regulación del Código de Procedimiento Penal de Ecuador se advierte que no se contempló la figura de las excepciones como mecanismos de defensa del procesado; el análisis de la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y, quizás, la punibilidad, se efectúa en la audiencia preparatoria del juicio, y de formulación del dictamen, a través del llamado sobreseimiento definitivo. No obstante, puede ser que la causa penal se archive porque el hecho investigado no constituye delito, pero ello ocurre luego de que el fiscal ha iniciado la investigación preliminar de un delito de persecución pública, frente al cual puede solicitar la desestimación, el archivo provisional y el archivo definitivo de las investigaciones (art. 38).

La desestimación procede «cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito o cuando exista algún obstáculo legal insubsanable para el desarrollo del proceso» (art. 39). El archivo provisional procede cuando de los partes informativos, los informes o de cualquier otra noticia del ilícito denunciado no se haya podido obtener resultados suficientes para deducir una imputación; mientras que si no se llegan a establecer elementos de convicción en los plazos respectivos, la investigación penal se archivará definitivamente (arts. 39 y 40).

3.6. En el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2001

El artículo 28 prescribe:

Durante la fase preparatoria, ante el Juez de control, y en las demás fases del proceso, ante el tribunal competente, en las oportunidades previstas, las partes podrán oponerse a la persecución penal, mediante las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

1. La existencia de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 35⁹;
2. La falta de jurisdicción;
3. La incompetencia del tribunal;
4. Acción promovida ilegalmente, que solo podrá ser declarada por las siguientes causas:
 - a) La cosa juzgada;
 - b) Nueva persecución contra el imputado, salvo los casos dispuestos en los numerales 1 y 2 del artículo 20¹⁰;

9 **Artículo 35. Prejudicialidad civil.** Si la cuestión prejudicial se refiere a una controversia sobre el estado civil de las personas que, pese a encontrarse en curso, aún no haya sido decidida por el tribunal civil, lo cual deberá acreditar el proponente de la cuestión consignando copia certificada íntegra de las actuaciones pertinentes, el Juez penal, si la considera procedente, la declarará con lugar y suspenderá el procedimiento hasta por el término de seis meses a objeto de que la jurisdicción civil decida la cuestión. A este efecto, deberá participarle por oficio al Juez civil sobre esta circunstancia para que este la tenga en cuenta a los fines de la celeridad procesal. Si opuesta la cuestión prejudicial civil, aún no se encontrare en curso la demanda civil respectiva, el Juez, si la considera procedente, le acordará a la parte proponente de la misma, un plazo que no excederá de treinta días hábiles para que acuda al tribunal civil competente a objeto de que plantee la respectiva controversia, y suspenderá el proceso penal hasta por el término de seis meses para la decisión de la cuestión civil. Decidida la cuestión prejudicial, o vencido el plazo acordado para que la parte ocurra al tribunal civil competente sin que esta acredite haberlo utilizado, o vencido el término fijado para la duración de la suspensión, sin que la cuestión prejudicial haya sido decidida, el tribunal penal revocará la suspensión, convocará a las partes, previa notificación de ellas, a la reanudación del procedimiento, y, en audiencia oral, resolverá la cuestión prejudicial ateniéndose para ello a las pruebas que, según la respectiva legislación, sean admisibles y hayan sido incorporadas por las partes.

10 **Artículo 20. Única persecución.** Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución

- c) Cuando la denuncia, la querrela de la víctima, la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o su acusación privada se basen en hechos que no revisten carácter penal;
 - d) Prohibición legal de intentar la acción propuesta;
 - e) Incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción;
 - f) Falta de legitimación o capacidad de la víctima para intentar la acción;
 - g) Falta de capacidad del imputado;
 - h) La caducidad de la acción penal;
 - i) Falta de requisitos formales para intentar la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o la acusación privada, siempre y cuando estos no puedan ser corregidos, o no hayan sido corregidos en la oportunidad [...]
5. La Extinción de la acción penal; y,
6. El indulto.

Luego, el proceso penal venezolano contempla la figura del sobreseimiento, el cual procede cuando:

- 1. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;
- 2. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad;
- 3. La acción penal se ha extinguido o resulta acreditada la cosa juzgada;
- 4. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. (art. 318)

penal: 1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento; 2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.

A su turno, cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado presentará la acusación ante el tribunal de control. Frente a ella, las partes procesales pueden:

1. Oponer las excepciones previstas en el Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
2. Pedir la imposición o revocación de una medida cautelar;
3. Solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos;
4. Proponer acuerdos reparatorios;
5. Solicitar la suspensión condicional del proceso;
6. Proponer las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes;
7. Promover las pruebas que producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad;
8. Ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal. (art. 328)

De esta manera, es evidente que la única forma de que se analice la tipicidad de la conducta imputada al investigado es a través del sobreseimiento, el cual solo puede ser postulado por el Ministerio Público. Las excepciones no contemplan ese supuesto.

El mismo procedimiento ha sido establecido en el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, conforme se advierte de los artículos 28, 300 y 311.

3.7. En el Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999

Luego de la imputación formal del fiscal en atención a lo normado en los artículos 301.1 y 302, las partes procesales pueden oponerse a la acción penal mediante las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

1. Prejudicialidad;
2. Incompetencia;
3. Falta de acción, porque no fue legalmente promovida o porque existe un impedimento legalmente para proseguirla;
4. Extinción de la acción penal según lo establecido en los artículos 27 y 28 de este Código¹¹;
5. Cosa juzgada. (art. 308)

Concluida la investigación fiscal, este puede, entre otros¹², formular acusación o solicitar el sobreseimiento. Esta última figura procesal se presenta ante el juez de instrucción y procede «cuando resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye delito o que el imputado no participó en él, así como cuando estime que los elementos de prueba son insuficientes para fundamentar la acusación» (art. 323.3). En cambio,

11 **Artículo 27.** La acción penal, se extingue: 1. Por muerte del imputado; 2. Por amnistía; 3. Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, en el caso de delitos sancionados solo con esa clase de penas; 4. Por la aplicación de uno de los criterios de oportunidad, en los casos y las formas previstos en este Código; 5. Por el desistimiento o abandono de la querrela respecto de los delitos de acción privada; 6. Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada hasta la audiencia conclusiva, en los delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos que no tengan por resultado la muerte, siempre que lo admita la víctima o el fiscal, según el caso; 7. Por conciliación en los casos y formas previstos en este Código; 8. Por prescripción; 9. Si la investigación no es reabierto en el término de un año, de conformidad con lo previsto en el Artículo 304 de este Código; 10. Por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso; y, 11. Por cumplimiento de las condiciones de la suspensión condicional del proceso.

Artículo 28. Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.

12 La suspensión condicional del proceso, la aplicación del procedimiento abreviado o de un criterio de oportunidad o que se promueva la conciliación.

cuando se presenta acusación esta es remitida al juez o al tribunal de sentencia (artículo 325.1). En dicho escenario:

El imputado podrá acogerse al procedimiento abreviado, criterio de oportunidad, suspensión condicional del proceso o conciliación, [...] siempre que no se prohíba expresamente por Ley, aun cuando la causa se encuentre con acusación o en audiencia de juicio oral, hasta antes de dictar la sentencia. (art. 326.1)

Adicionalmente, puede ofrecer y presentar físicamente sus pruebas de descargo (art. 340.III) o las excepciones (art. 344).

De los preceptos mencionados se concluye que, si bien se han regulado las excepciones, ninguna de ellas se encuentra referida al análisis de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad como categorías del delito. Para tal fin solo se reguló la figura del sobreseimiento cuando el hecho no constituye delito, la cual solo puede ser aducida por el fiscal, incluso debe recalcar que las excepciones pueden ser resueltas por el juez instructor o el juez o tribunal de sentencia, dependiendo de la etapa procesal en la que se formulen.

3.8. En el Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998

En este cuerpo normativo, específicamente en el artículo 42, se establece que el Ministerio Público y las partes podrán oponer excepciones por los siguientes motivos:

- «a) Falta de jurisdicción o competencia.
- b) Falta de acción, porque esta no pudo promoverse, no fue iniciada legalmente o no puede proseguirse.
- c) Extinción de la acción penal».

En la fase final de la investigación fiscal, en atención al artículo 299, si el Ministerio Público estima que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación, podrá requerir, ante el Tribunal del Procedimiento Intermedio, «la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional. También podrá solicitar la suspensión del proceso

a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva la conciliación».

El sobreseimiento definitivo procederá cuando:

- a) El hecho denunciado no se realizó o no fue cometido por el imputado.
- b) El hecho no esté adecuado a una figura penal.
- c) Medie una causa de justificación o inculpabilidad.
- d) La acción penal se ha extinguido.
- e) A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio. (art. 311)

Por su parte, el sobreseimiento provisional procede «si no corresponde el sobreseimiento definitivo y los elementos de prueba resultan insuficientes para realizar el juicio» (art. 314), y se pueden incorporar elementos de prueba específicos.

Si dicha autoridad considera que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado, presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio. Dicha acusación será puesta en conocimiento de las partes procesales, quienes podrán:

- a) Objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público, por defectos formales o sustanciales.
- b) Oponer excepciones.
- c) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba.
- d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o la conciliación.
- e) Ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación.
- f) Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio. (art. 317)

Como se observa, en el proceso penal de Costa Rica las excepciones sí pueden ser formuladas tanto a nivel de investigación como en la etapa intermedia; sin embargo, los supuestos de aplicación no se contraponen. El análisis de la tipicidad del hecho se realiza mediante el sobreseimiento —el hecho no está adecuado a una figura penal—.

3.9. En los Códigos Procesales Penales de El Salvador

En el Código Procesal Penal de 1997, el fiscal luego de recibidas las diligencias iniciales de la policía podía solicitar:

- 1) La instrucción con o sin detención provisional del imputado;
- 2) La desestimación de la denuncia, querrela o de informe de la policía;
- 3) El sobreseimiento, definitivo o provisional;
- 4) Se prescinda de la persecución penal en razón de criterios de oportunidad de la acción pública;
- 5) La suspensión condicional del procedimiento a prueba;
- 6) El procedimiento abreviado [...]; y
- 7) La conciliación. (art. 248)

El sobreseimiento definitivo procede:

- 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él;
- 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba;
- 3) Cuando el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen esta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad; y
- 4) Cuando se ha extinguido la responsabilidad penal o por la excepción de cosa juzgada. (art. 308)

De otro lado, el sobreseimiento provisional procede «cuando los elementos de convicción obtenidos hasta ese momento sean insuficientes para fundar la acusación, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros elementos de convicción» (art. 309).

Al solicitar la instrucción y al momento de que el juez de paz efectúe la audiencia inicial en mérito al trámite establecido en los artículos 254 a 256¹³, el imputado podía formular las excepciones de previo y especial

13 **Art. 254.** Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de Paz convocará a las partes a una audiencia dentro de los plazos siguientes: 1) Cuando el imputado se halle detenido y el fiscal estime que debe continuar en ese estado, dentro del término de inquirir; y, 2) Si no se ha ordenado la detención del imputado o el fiscal no solicita la continuación de la detención, o aún no ha podido ser capturado, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si el imputado se halla detenido, el Juez de Paz recibirá en la audiencia su declaración indagatoria. Cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el requerimiento el juez dedujere que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, y no se encuentra detenido ordenará recibirle en la audiencia su declaración indagatoria y la citará al efecto. Si el imputado no ha sido capturado o no puede concurrir por un obstáculo insuperable, pero hubiere nombrado defensor, la audiencia se realizará con la presencia de este. Si no hubiere nombrado defensor el Juez de Paz resolverá en el término señalado, sin convocar a la audiencia inicial con la sola vista de requerimiento fiscal. En el caso de requerir instrucción, su solicitud contendrá las generales del imputado o las señas para identificarlo, la relación circunstanciada del hecho con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución y las normas aplicables; la indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad y la estimación del plazo necesario para la instrucción, considerando los plazos máximos establecidos en este Código. Si lo considera conveniente solicitará además que se mantenga en detención provisional u otra medida cautelar al imputado o se decrete dicha detención.

Art. 255. En cuanto sean aplicables, regirán las reglas de la vista pública, adaptadas a la sencillez de la audiencia; así como los casos de suspensión de la audiencia previstos en este Código. Se levantará un acta de la audiencia en la que solamente consten las resoluciones que el juez tome en relación a los puntos que le sean planteados, los señalados en el artículo siguiente y los aspectos esenciales del acto, cuidando evitar la transcripción total de lo ocurrido, de modo que se desnaturalice su calidad de audiencia oral. El acta será leída al finalizar la audiencia y firmada por las partes, quedando notificada por su lectura.

Art. 256. Luego de escuchar a las partes y, en su caso, de recibir la declaración indagatoria, el juez resolverá las cuestiones planteadas y, según corresponda:

pronunciamiento como la incompetencia; la falta de acción, porque esta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir; la extinción de la acción penal; y la cosa juzgada (art. 277). Dichas excepciones también podían ser formuladas con posterioridad (art. 278).

Culminada la fase de instrucción y antes de los diez días de la realización de la audiencia preliminar, el fiscal podrá solicitar:

- 1) La acusación;
- 2) El sobreseimiento definitivo o provisional;
- 3) La aplicación de un criterio de oportunidad de la acción pública;
- 4) La suspensión condicional del procedimiento;
- 5) La aplicación del procedimiento abreviado, cuando la pena requerida no sea privativa de libertad o sea prisión no superior a tres años; y,
- 6) La conciliación. (art. 313)

Si el fiscal propone una acusación, las partes procesales pueden, entre otros pedidos, plantear las excepciones previstas, cuando no hayan sido propuestas con anterioridad o se funden en hechos nuevos, así como solicitar sobreseimiento, definitivo o provisional.

De otro lado, en el Nuevo Código Procesal Penal de El Salvador (Sandoval *et al.*, 2018a, 2018b), se estableció que, concluidas las diligencias iniciales de investigación, el fiscal formulará requerimiento y solicitará al juez de paz:

-
- 1) Ordenará la instrucción; 2) Decretará o mantendrá la detención del imputado u otra medida cautelar sustitutiva; 3) Decretará la desestimación solicitada por el fiscal; 4) Dictará el sobreseimiento provisional o definitivo; 5) Prescindirá de la persecución penal, cuando proceda la aplicación de un principio de oportunidad, suspendiendo o archivando las actuaciones; 6) Suspenderá condicionalmente el procedimiento; 7) Resolverá conforme el procedimiento abreviado; 8) Admitirá o rechazará al querellante; 9) Autorizará la conciliación, cuando haya sido acordada por las partes; 10) Decretará, a petición del fiscal o de la víctima, el embargo o cualquier otra medida de resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable, cuando hayan elementos de convicción suficientes para estimar que ha existido un hecho punible en el que ha participado el imputado; y, 11) Resolverá sobre cualquier otro incidente. Cuando se ordene la instrucción, se remitirán las actuaciones al Juez de Instrucción dentro de las veinticuatro horas.

- 1) La instrucción formal con o sin detención provisional del imputado.
- 2) Se prescinda de la persecución penal en razón del criterio de oportunidad de la acción pública.
- 3) La suspensión condicional del procedimiento.
- 4) La aplicación del procedimiento abreviado conforme a las reglas previstas en este Código.
- 5) La homologación de los acuerdos alcanzados en la conciliación o mediación.
- 6) El sobreseimiento definitivo [...]. (art. 295)

Frente a dicho requerimiento, como en el Código Procesal Penal derogado, de ser el caso, se lleva a cabo una audiencia inicial (art. 298) en la cual el juez resolverá las siguientes cuestiones:

- 1) Decretará o mantendrá la detención del imputado o la libertad con o sin restricciones.
- 2) Autorizará la aplicación de un criterio de oportunidad suspendiendo las actuaciones o declarando extinguida la acción penal.
- 3) Suspenderá condicionalmente el procedimiento.
- 4) Aplicará las reglas del procedimiento abreviado.
- 5) Admitirá o rechazará al querellante.
- 6) Autorizará la conciliación cuando haya sido acordada por las partes en la audiencia u homologará los acuerdos de mediación o conciliación en sede administrativa.
- 7) Admitirá o rechazará al civilmente responsable o al actor civil, decretará, a petición del fiscal o de la víctima, el embargo o cualquier otra medida de resguardo de los bienes del imputado o del civilmente responsable, cuando hayan elementos de convicción suficientes para estimar que ha existido un hecho punible en el que ha participado el imputado.
- 8) Dictará el sobreseimiento provisional o definitivo [...] cuando resulte evidente que el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal, por estar suficientemente probada cualquiera de

las causas que excluyen esta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad.
9) Resolverá cualquier otro incidente. (art. 300)

Cabe mencionar que, acorde con el artículo 301: «la instrucción formal tendrá por objeto la preparación de la vista pública, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal y preparar la defensa del imputado». Dicha etapa procesal es de competencia del juez de instrucción (art. 54). Es en ella que, luego de emitirse el auto de instrucción formal (art. 302), el imputado puede «oponer las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Incompetencia.
- 2) Falta de acción, porque esta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente o no puede proseguir.
- 3) Extinción de la acción penal.
- 4) Cosa juzgada» (art. 312).

En este punto, es necesario hacer una mención a la excepción de falta de acción, que como se advierte, hasta el momento, casi todas las legislaciones internacionales la han contemplado. Cuando la legislación salvadoreña refiere que la acción no se pudo promover, indica un obstáculo, como sería la cuestión de prejudicialidad o cuando exista una condición objetiva de procesabilidad, como el caso del juzgamiento de los altos funcionarios públicos con la figura del antejuicio; o bien cualquier otro tipo de obstáculo, por ejemplo, el delito de cheque sin provisión de fondos del artículo 243 del Código Penal de El Salvador. Cuando se alude a que

la acción no fue iniciada legalmente, porque, a manera de ejemplo, en los delitos de acción penal privada quien invocó la pretensión punitiva no era titular de la misma o, siéndolo, no lo hizo a través de los canales [procedimientos] formales establecidos. (Sandoval *et al.*, 2018b, pp. 1236-1237)

Finalmente, cuando se sostiene que la acción no puede proseguir se aduce, como ejemplo, a la suspensión condicional del procedimiento.

Terminada la etapa de instrucción, conforme se desprende del artículo 350, el juez puede, atento a la etapa procesal en que se solicite y previo requerimiento fiscal (art. 355), dictar sobreseimiento definitivo:

- 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito o que el imputado no ha participado en él.
- 2) Cuando no sea posible fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba.
- 3) Cuando el imputado se encuentra exento de responsabilidad penal, por estar suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen esta, salvo los casos en que corresponde el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad.
- 4) Cuando se declare extinguida la acción penal o por la excepción de cosa juzgada.

Asimismo, puede decretar el sobreseimiento provisional «cuando los elementos de convicción obtenidos hasta la conclusión de la instrucción sean insuficientes para fundamentar la acusación, pero exista la probabilidad de que puedan incorporarse otros» (art. 351).

Cuando el fiscal formule acusación en los términos de los artículos 355 y 356, el imputado puede, entre otros, «plantear las excepciones previstas en el, cuando no hayan sido deducidas con anterioridad o se funden en hechos nuevos y solicitar sobreseimiento definitivo o provisional» (art. 358).

De los preceptos señalados de la normatividad actual y derogada del proceso penal de El Salvador, se concluye que si bien las excepciones y el sobreseimiento pueden ser formulados luego de que se presente acusación, los supuestos que regulan no son incompatibles, y las excepciones no tienen como finalidad verificar si efectivamente el hecho constituye o no un ilícito penal o cuestionar la tipicidad, como sí lo hace el sobreseimiento.

3.10. En el Código Procesal Penal de Panamá de 2008

En el sistema procesal penal panameño se estableció la etapa de investigación preliminar, la cual, conforme el artículo 272:

tiene por objeto procurar la resolución del conflicto si ello resulta posible, y establecer si existen fundamentos para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, presentados por el Ministerio Público o el querellante o ambos, con la oportunidad de la defensa del imputado.

En esta fase procesal:

El fiscal puede disponer el archivo del caso, motivando las razones, si no ha podido individualizar al autor o partícipe o es manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción. En este caso, se podrá reabrir la investigación si con posterioridad surgen elementos que permitan identificar a los autores o partícipes.

Asimismo, dispondrá el archivo, si estima que el hecho no constituye delito, desestimando la denuncia o las actuaciones. Su decisión será revisada por el Juez de Garantías si la víctima lo solicita. (art. 275)

Sin embargo:

Cuando el Ministerio Público considere que tiene suficientes evidencias para formular imputación contra uno o más individuos, solicitará audiencia ante el Juez de Garantías para tales efectos. En esta audiencia el Fiscal comunicará oralmente a los investigados que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

La imputación individualizará al imputado, indicará los hechos relevantes que fundamentan la imputación y enunciará los elementos de conocimiento que la sustentan.

A partir de la formulación de imputación hay vinculación formal al proceso. (art. 280)

Así, en la audiencia de su propósito se aplican las reglas establecidas en los artículos 282, 283 y 284¹⁴; sin embargo: «Si el investigado, una vez citado legalmente, no concurre a la audiencia de formulación de imputación, el Juez de Garantías podrá decretar el sobreseimiento temporal de la causa hasta que el investigado se presente o sea localizado» (art. 285).

En atención a lo señalado en los artículos 340 y 350, concluida la mencionada etapa y cuando el fiscal «estime que la investigación proporciona fundamentos para someter a juicio público al imputado, presentará al Juez de Garantías la acusación requiriendo la apertura a juicio» (art. 340). En caso contrario, cuando considere que

14 Artículo 282. Sometimiento al procedimiento simplificado inmediato. Después de formulada la imputación y, tratándose de delitos sancionados con pena de hasta tres años, si el Fiscal considera que tiene suficientes elementos de convicción para obtener una sentencia condenatoria, podrá requerir verbalmente al imputado en la misma audiencia y, si este acepta los hechos del requerimiento, el Juez de Garantías procederá a dictar sentencia sin más trámites, teniendo en cuenta los antecedentes de la investigación, pudiendo rebajar la pena hasta un tercio. Por el contrario, si no los admite, dicho Juez citará a las partes a la audiencia señalada en el artículo 344 de este Código, y luego ante él se verificará el juicio oral simplificado, sujeto a las mismas reglas del juicio oral.

Artículo 283. Sometimiento al juicio oral inmediato. Después de formulada la imputación y, tratándose de delitos sancionados con pena superior a tres años, si el Fiscal considera que tiene suficientes elementos de convicción para obtener una sentencia condenatoria, podrá acusar verbalmente al imputado en la misma audiencia. En este caso, el Juez de Garantías citará a las partes a la audiencia señalada en el artículo 344 de este Código, luego de lo cual se verificará el juicio ante el Tribunal de Juicio que corresponda.

Artículo 284. Sometimiento al procedimiento directo inmediato. Después de formulada la imputación y cuando el Fiscal considere que tiene suficientes elementos de convicción para obtener una sentencia condenatoria y solicite para el imputado una pena de hasta cuatro años, podrá acusarlo verbalmente en la misma audiencia. Si este acepta los hechos de la acusación, el Juez de Garantías procederá a dictar sentencia sin más trámites, teniendo en cuenta los antecedentes de la investigación, pudiendo rebajar la pena hasta un tercio. Si no admite el procedimiento directo, el mismo Juez citará a las partes a la audiencia señalada en el artículo 344 de este Código, y luego ante él se verificará el juicio oral correspondiente.

1. [...] el hecho no se cometió;
2. Si el imputado no es el autor o partícipe del hecho.
3. Cuando media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o ausencia de punibilidad.
4. Si la acción penal se extinguió o no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba ni fundamentos para requerir la apertura a juicio.
5. Cuando haya transcurrido el plazo máximo de duración de la fase de investigación.
6. Cuando no haya mérito para acusar.

En caso el Ministerio Público presente acusación, la defensa del imputado podrá:

- 1) Objetar la acusación por defectos formales.
- 2) Oponer excepciones.
- 3) Solicitar el saneamiento o la declaración de nulidad de un acto.
- 4) Proponer una reparación concreta siempre que no hubiera fracasado antes una conciliación.
- 5) Solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa.
- 6) Oponerse a la reclamación civil.
- 7) Ofrecer pruebas para el juicio.
- 8) Proponer acuerdos o convenciones probatorias.

En este punto, debe destacarse que el Código Procesal Penal de Panamá no ha introducido un artículo específico sobre las excepciones que puede formular el imputado; no obstante, de algunos artículos del referido cuerpo normativo se pueden desprender cuáles serían dichos medios de defensa. Así, en el artículo 169 se establece que son apelables, entre otros, «el auto que decide excepciones de cosa juzgada, prescripción de la acción penal o de la pena o aplicación de la amnistía o del indulto».

Así las cosas, es evidente que la excepción de improcedencia de acción o de naturaleza de acción no se encuentra contemplada en la

legislación procesal penal de Panamá; incluso se resalta que el sobreseimiento solo puede ser postulado por el Ministerio Público, mas no por el imputado y que es aquel quien dispondrá el archivo de la causa en fase preliminar, si estima que el hecho no constituye delito, y desestimará la denuncia o las actuaciones procesales respectivas.

3.11. En el Código Procesal Penal de Honduras de 2002

En el Código Procesal Penal de Honduras, antes del desarrollo de la actividad propia del proceso, se regula la figura de las excepciones en el artículo 46. Así, establece lo siguiente:

«En el procedimiento penal solo son admisibles como excepciones:

- 1) La incompetencia;
- 2) La falta de acción, cuando no haya debido promoverse o cuando no pueda proseguirse; y,
- 3) La extinción de la acción penal».

La excepción de incompetencia podrá interponerse oralmente en la audiencia inicial y las de falta de acción y la de extinción de la acción, en cualquier etapa del proceso.

[...]

Iniciado el juicio, las excepciones de falta de acción y de extinción de la misma, se interpondrán por escrito durante la etapa de preparación del debate, en el caso de que se funden en hechos o circunstancias que no han sido conocidas antes de la elevación de la causa a juicio. (art. 47)

Adicionalmente, debe precisarse que el proceso penal hondureño se divide en tres fases. La primera es la etapa preparatoria; la segunda, la etapa intermedia; y la tercera, el debate o juicio oral y público (art. 263). Dentro de la etapa preparatoria nos encontramos con la investigación preliminar, que tiene como objeto practicar «todas las diligencias pertinentes y útiles, para determinar la existencia del hecho punible y las circunstancias que, de acuerdo con la ley penal, sean importantes para

establecer el grado de responsabilidad de los agentes» (art. 272). Culminada dicha etapa, el Ministerio Público puede:

- 1) Ordenar el archivo del respectivo expediente;
- 2) Pedir, por escrito, al Juez de Letras competente que:
 - a) Lo autorice para suspender la persecución penal y que le imponga al imputado una o varias de las reglas de conducta [...];
 - b) Se dé al proceso el trámite del procedimiento abreviado o del juicio por faltas, remitiéndose en este caso, las actuaciones al Juez de Paz competente; o,
 - c) Se dicte sobreseimiento definitivo.
- 3) Presentar requerimiento fiscal ante el Juez competente. (art. 284)

Luego de ello se celebrará la audiencia inicial en la cual el juez podrá declarar el sobreseimiento provisional o definitivo. El primero concurre cuando:

no obstante haber plena prueba de la comisión del delito, no hay indicio racional de que el imputado haya tenido participación en el mismo, pero las pruebas presentadas dan margen para sospechar que sí la tuvo y existe, además, la posibilidad de que en el futuro se incorporen nuevos elementos de prueba, lo cual debe señalarse de manera concreta en la resolución respectiva. (art. 295)

El segundo cuando:

- 1) Resulte probado que el hecho no ha existido o que no está tipificado como delito o que el imputado no participó en su comisión;
- 2) No existan fundamentos suficientes para decretar auto de prisión o declaratoria de reo y no hayan motivos para sospechar que el imputado tuvo participación en el delito; y,
- 3) Se ha extinguido la acción penal. (art. 296)

Cuando exista acusación, se debe llevar a cabo la audiencia preliminar en la cual, después de las intervenciones del fiscal «se dará la palabra al defensor para que conteste los cargos formulados contra el imputado. Cumplido lo anterior, se clausurará la audiencia» (art. 301), puesto que «dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el Juez dictará el auto de apertura a juicio» (art. 302), para luego remitir los actuados al Tribunal de Sentencia (arts. 301, 302 y 303).

En dicho escenario, se aprecia que si bien el imputado puede formular excepciones, estas no contienen un supuesto de análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; este análisis se efectúa a pedido del Ministerio Público y en la oportunidad respectiva, a través del pedido de sobreseimiento.

4. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

El profesor y magistrado César Eugenio San Martín Castro (2015), al citar a Gimeno y Schmidt, señala:

La excepción es un «medio de defensa» —sustantivos o procesales— que ataca directamente la relación procesal, y se distingue de la defensa material del imputado porque estas pueden apuntar a diversos fines. Es un remedio procesal, que consiste en la expresa oposición que formula el imputado a la prosecución del proceso por entender que este carece de algunos de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico-procesal. (p. 281)

Agrega dicho autor que la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances. El primero cuando «el hecho denunciado no constituye delito, y, el segundo, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente» (p. 284). Lo que se analiza es la adecuación normativa. En consecuencia:

el primer supuesto comprende la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad; mientras que el segundo abarca la punibilidad, y comprende la ausencia de una condición objetiva

de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, que son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, en el primer supuesto, o que excluyen o, en su caso, suprimen la necesidad de pena. No se cuestiona la categoría culpabilidad o imputación personal: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta. (San Martín, 2015, p. 284)

A su turno, James Reátegui Rodríguez (2018), sobre la excepción de improcedencia de acción y el supuesto de que el hecho no constituya delito, menciona:

se da cuando la conducta realizada por el imputado a título de autor o cómplice no está calificada en el catálogo del Código Penal como delito, es decir, son conductas atípicas; mientras que, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente se refiere al supuesto donde, prevista en abstracto la conducta dentro de un tipo penal, ella en concreto no puede ser sometida a un proceso penal por estar amparada por una causa de justificación. (pp. 191-192)

Adicionalmente, es necesario mencionar que la excepción de improcedencia de acción ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Suprema en extensa jurisprudencia, en la cual se han mencionado sus alcances y sus definiciones, su aplicación concreta y lo que debe valorarse al momento de analizarla.

En principio, se debe destacar lo siguiente:

La excepción de improcedencia de acción [...] incide [...] en la carencia de objeto jurídico penal de la imputación, en que el hecho que integra la disposición fiscal o la acusación fiscal, de un lado, no constituye un injusto penal o, de otro lado, no cumple una condición objetiva de punibilidad o está presente una causa personal de exclusión de pena (excusa absolutoria). [...] el examen de la categoría culpabilidad puede ser materia de un auto previo a la sentencia (en el caso de la inimputabilidad o de falta de capacidad de

culpabilidad: corte de la secuela del procedimiento o declaración de inimputabilidad con la formación o no de un proceso de seguridad: artículos 74 y 75, apartado 2, del Código Procesal Penal) o de una sentencia (eventualmente la última, y los supuestos de error de prohibición y de inexigibilidad).

La jurisprudencia ha establecido que el imputado no puede introducir hechos nuevos para oponerse a la imputación fiscal y que la apreciación de la excepción de improcedencia de acción solo atiende a los hechos detallados en ella. (Casación n.º 1974-2018/La Libertad, fundamento de derecho primero)

Además, se debe mencionar, sobre la excepción de improcedencia de acción:

Se trata, como toda excepción, de una línea de oposición del imputado; y, cuando se refiere a excepciones procesales, se dirige a denunciar la falta de presupuestos procesales, que importan que no se está ante la válida constitución del proceso en contra del imputado. La excepción de improcedencia de acción incide en un presupuesto procesal objetivo, que permite al imputado alegar que: «[...] el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente». La jurisprudencia ha precisado, al respecto, que esta excepción incide en evitar la prosecución de un proceso por falta de objeto, pues los hechos imputados (materia de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria o de la acusación fiscal —si esta ya se formuló—) no son típicos (no se subsumen en un tipo delictivo), no constituyen un injusto penal (presencia de una causa de justificación) o cuando está presente una circunstancia personal de exclusión de pena (excusa legal absoluta) o concurre una condición objetiva de punibilidad. También se ha determinado que debe estarse al hecho tal y como ha sido narrado por el Ministerio Público, sin que se agreguen datos distintos o se analice prueba para negar algún dato de hecho introducido en el acto de imputación fiscal.

Igualmente se tiene reconocido que esta excepción también comprende todos aquellos casos de exclusión de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva. (Casación n.º 86-2021/Lima, fundamento de derecho segundo)

De las ejecutorias supremas mencionadas en los considerandos precedentes se concluye que (i) para analizar la procedencia o la fundabilidad de la excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la formalización de la investigación preparatoria o de la acusación fiscal, ello en atención a la etapa procesal en que se encuentre la causa penal; (ii) que solo es posible aplicarla en el caso de una atipicidad absoluta. Dichos extremos han sido reiterados, por ejemplo, en las casaciones n.º 407-2015/Tacna y n.º 416-2020/Nacional.

No obstante, es necesario traer a colación lo mencionado en la Casación n.º 723-2017/Apurímac, en la cual se menciona:

La alusión a que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos supuestos: a) que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta imputada no concuerda con ninguna de las descritas en la ley penal. No es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, b) que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente, invocada en la investigación o acusación fiscal, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujeto —activo y pasivo—, conducta —elementos descriptivos, normativos o subjetivos— y objeto —jurídico y material—, por lo que en estos casos se estaría frente a un caso de atipicidad relativa, por falta de adecuación indirecta. (Fundamento de derecho segundo)

En similar posición se decanta la Casación n.º 702-2017/Ucayali, en donde se enfatiza:

De conformidad con el literal b del artículo sexto del Código Procesal Penal, el medio técnico de defensa referido a la excepción de improcedencia de acción puede deducirse contra la acción penal: **i)** cuando el hecho no constituye delito o **ii)** cuando no es justiciable penalmente.

[...] En lo que respecta al primer supuesto de procedencia, debe señalarse que comprende la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad. Atañe a dos extremos: **a)** cuando la conducta incriminada no se encuentra prevista como delito en el ordenamiento jurídico (atipicidad absoluta); y **b)** cuando el suceso descrito no se adecúa a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación o acusación, esto es, en el supuesto de que el hecho esté descrito en la ley, pero la conducta adolece de falta de algún elemento típico exigido, tales como la ausencia del sujeto activo o pasivo, de elementos descriptivos, normativos o subjetivos de la conducta, o de objeto jurídico o material (atipicidad relativa). (Fundamento de derecho tercero)

Estos criterios fueron esbozados también en las casaciones n.º 392-2016/Arequipa, n.º 388-2012/Ucayali y n.º 581-2015/Ucayali.

De esta manera, se concluye que la excepción de improcedencia de acción también puede ser deducida para atacar la atipicidad relativa del hecho objeto de investigación o de acusación.

5. EL SOBRESIMIENTO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Se debe entender por sobreseimiento:

a aquella figura jurídica mediante la cual el órgano jurisdiccional que conoce un proceso da por concluida su tramitación sin emitir una resolución final sobre el fondo del problema, no se pronuncia respecto a si el imputado es responsable o no de las imputaciones que pesan en su contra al haber concurrido las causales contenidas en la norma procesal penal, estando facultado el juez de la causa a aplicarla cuando concurre cualquiera de las causales establecidas en el artículo 344.2º del CPP. (Casación n.º 181-2011, f. j. séptimo)

En ese sentido, el magistrado César San Martín Castro (2015) señala que

el auto de sobreseimiento es una resolución jurisdiccional definitiva, emanada del juez de la investigación preparatoria, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada, es decir, tiene el mismo alcance que una sentencia absolutoria. (p. 373)

Agrega, dicho autor que

existen cinco presupuestos de sobreseimiento, estos son la falta de elemento fáctico, la falta de elemento jurídico, la falta de elemento personal o ausencia absoluta de indicios de criminalidad, falta de presupuestos procesales y falta de elementos de convicción suficientes. (p. 375)

Al respecto, el artículo 344.2b del CPP establece que «El sobreseimiento procede cuando: [...] b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad».

Dentro de esta causal de sobreseimiento se encuentran distintos supuestos referidos a la falta de concurrencia de alguno de los elementos que permiten que el suceso fáctico tenga una relevancia jurídico-penal. El primer supuesto, el hecho imputado es atípico, se relaciona con que el hecho no está previsto en la ley penal como delito, esto es, dentro del catálogo de ilícitos penales contemplados en el código o en las leyes penales especiales. Así como si estuvo tipificado como tal al momento de su comisión, dejó de estarlo durante el desarrollo del proceso por modificación normativa o declaración de inconstitucionalidad, por ejemplo. Igualmente, los casos en que la conducta del encausado no se adecúa al supuesto de hecho de una norma penal —falta de correspondencia con los elementos estructurales del tipo penal— o concurre alguna circunstancia de exclusión de la tipicidad de la conducta. En estos casos, el grado de convicción que se exige para decretarlo es de certeza sobre la

atipicidad del suceso atribuido, puesto que de no quedar completamente verificada tal circunstancia, corresponde iniciar juicio oral.

El segundo supuesto se relaciona con los casos en que el *factum*, aunque típico, no es antijurídico, por presentarse una causa de justificación como, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber, entre otros, que genera la impunidad de la conducta concretizada. El grado de convencimiento que se exige también es el de la certeza. Ello implica que la causa de justificación debe evidenciarse de manera notoria e indudable de los actos indagatorios recabados en la investigación fiscal; en caso contrario, deberá abrirse el juicio oral con la finalidad de que se discuta, con actuación probatoria en plenario, la concurrencia o no de la eximente.

En cuanto al presupuesto de «concurrencia de una causa de inculpabilidad», debe mencionarse que se trata de los casos en los que el hecho, aunque típico y antijurídico, no puede imputarse al encartado. Ello en tanto y en cuanto al momento de la materialización del ilícito penal se presentaba una causa de inimputabilidad, anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración en la percepción, error de prohibición o de inexigibilidad, como el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable; categorías que en esencia excluyen la culpabilidad del agente. En este supuesto, también se exige un grado de certeza. Es de resaltar que, en el caso de los inimputables, aunque se excluya la responsabilidad penal, se puede proceder a imponer una medida de seguridad a través del proceso de su propósito.

Finalmente, en lo que atañe al supuesto de la existencia de una causa de no punibilidad, debe considerarse que se trata de los casos en los cuales el hecho, no obstante ser típico, antijurídico y culpable, no puede ser objeto de una sanción penal por presentarse alguna de las circunstancias que excluyen la punibilidad de la conducta delictiva. Ejemplo de una condición objetiva de punibilidad sería el valor económico del bien sustraído en el delito de hurto; o una excusa absolutoria, el parentesco del agente con el agraviado en los delitos contra el patrimonio y en los delitos de encubrimiento. Como en los casos anteriores, también se exige certeza.

6. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN Y DEL SOBRESEIMIENTO (LITERAL B DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 344 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Del análisis de las definiciones de la excepción de improcedencia de acción y del sobreseimiento por falta de elemento jurídico o personal, se puede llegar a la conclusión de que ambas norman el mismo supuesto de aplicación. No se advierte diferencia medular y trascendental que amerite que el legislador haya regulado su introducción simultánea en la etapa intermedia; ni siquiera en la legislación comparada se determinó esa posibilidad, y si se hizo, ambas figuras procesales no regulaban el mismo supuesto, como ha quedado establecido en el ítem 3 del presente artículo.

Como ya se ha determinado, en ningún momento del desarrollo del proceso, bajo el marco del Código de Procedimiento Penal —proceso ordinario o sumario—, se puede deducir la excepción de naturaleza de acción y solicitar el auto de no ha lugar de manera simultánea; es más, en la legislación comparada se advierte lo siguiente:

- En el Código Procesal chileno de 2002 el imputado puede solicitar el sobreseimiento de la causa por las causales establecidas en el artículo 250, entre las cuales se contempla que el «hecho investigado no fuere constitutivo de delito», supuesto similar al contenido en la excepción de improcedencia de acción del Código Procesal Penal de 2004. Mientras que en la audiencia de preparación de juicio o durante este, puede formular excepciones en las cuales no se contempla un supuesto similar o igual a la referida excepción de improcedencia de acción. Por lo tanto, ambas figuras procesales no confluyen.
- En el Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004 no se ha introducido la figura de las excepciones, el análisis de tipicidad del hecho materia de investigación se realiza a mérito de la solicitud de preclusión efectuada por la fiscalía.
- En el Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2014, en la etapa de acusación se pueden formular excepciones y solicitar el sobreseimiento como en la regulación peruana; sin

embargo, los supuestos por los cuales se aplican una y la otra no son incompatibles. El análisis de que el evento delictivo no constituye delito se efectúa en el pedido de sobreseimiento —el hecho no encuadra en la figura legal penal o media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad—; mientras que en las excepciones se analiza la falta de jurisdicción o de competencia, la falta de acción y la extinción de la acción penal o civil.

- En el Código Procesal Penal de Paraguay de 1998, en la etapa de acusación se pueden formular excepciones y solicitar el sobreseimiento como en el Código Procesal Penal peruano de 2004; no obstante, los supuestos por los cuales se aplican una y la otra no son incompatibles, incluso los supuestos de sobreseimiento no son los mismos que en la regulación peruana.
- En el Código de Procedimiento Penal de Ecuador de 2000 no se contempló la figura de las excepciones como mecanismos de defensa del procesado, el análisis de la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, y quizás la punibilidad, se efectúa en la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen, a través del llamado sobreseimiento definitivo.
- En el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2001 la única forma de que se analice la tipicidad de la conducta imputada al investigado es a través del sobreseimiento, que solo puede ser postulado por el Ministerio Público. Las excepciones no contemplan ese supuesto. El mismo procedimiento ha sido establecido en el Código Orgánico Procesal Penal de 2012.
- En el Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999, si bien se han regulado las excepciones, ninguna de ellas se encuentra referida al análisis de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad como categorías del delito, para tal fin solo se reguló la figura del sobreseimiento cuando el hecho no constituye delito, que solo puede ser aducida por el fiscal.
- En el Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998, las excepciones sí pueden ser formuladas tanto a nivel de investigación como en la etapa intermedia; aunque los supuestos de aplicación

no se contraponen. El análisis de la tipicidad del hecho se realiza mediante el sobreseimiento —el hecho no está adecuado a una figura penal—.

- En los Códigos Procesales Penales de El Salvador se estipula que las excepciones y el sobreseimiento pueden ser formulados luego de que se presente acusación; sin embargo, los supuestos que los regulan no son incompatibles, las excepciones no tienen como finalidad verificar si efectivamente el hecho constituye o no un ilícito penal o cuestionar la tipicidad, como sí lo hace el sobreseimiento.
- En el Código Procesal Penal de Panamá de 2008 la excepción de improcedencia de acción o de naturaleza de acción no se encuentra contemplada; incluso, se debe destacar que el sobreseimiento solo puede ser postulado por el Ministerio Público, mas no por el imputado y que es aquel quien dispondrá el archivo de la causa en fase preliminar, si estima que el hecho no constituye delito, desestimando la denuncia o las actuaciones procesales respectivas.
- En el Código Procesal Penal de Honduras de 2002 el imputado puede formular excepciones, empero, estas no contienen un supuesto de análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; este análisis se efectúa a pedido del Ministerio Público y en la oportunidad respectiva, a través del pedido de sobreseimiento.

Así, la excepción de improcedencia de acción encuentra razón de ser en la etapa de investigación preparatoria, en la cual la defensa no puede postular el sobreseimiento de la causa bajo los supuestos establecidos en el artículo 334.2 del Código Procesal Penal; por lo tanto, a nuestra consideración no era necesario que se contemple, en el artículo 350 del Código Procesal Penal, que el acusado podía postular excepciones, especialmente la de improcedencia de acción, cuando ya se le daba la facultad de solicitar el sobreseimiento por dicho motivo —atipicidad o concurrencia de una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad—.

A la interrogante que nos ocupa en este documento se ha intentado dar respuesta en un artículo publicado en el portal web LP Pasión por el Derecho, denominado «Sobreseimiento por atipicidad y excepción de improcedencia de acción (una diferencia cualitativa)» (Reynaldi, 2019). En dicha publicación, en lo medular, se afirma que el sobreseimiento por la causal de atipicidad no se sostiene en un juicio de subsunción normativo; por el contrario, se trata de un juicio de valoración de actos indagatorios. Así, el juicio se realiza *ex post*, es decir, que el análisis de tipicidad se efectúa a partir de los hechos declarados probados. Lo contrario ocurre en la excepción de improcedencia de acción, en donde se realiza un juicio *ex ante* a cualquier valoración del material investigativo acopiado, solo a partir de los enunciados fácticos que obran en la disposición de formalización de investigación preparatoria.

Se agrega que la excepción de improcedencia de acción es un mecanismo técnico, que no da solución a fondo del conflicto, «simplemente, se configura cuando el fiscal decide continuar una investigación preparatoria, por un hecho que no se encuentra previsto en una ley como delito» (Reynaldi, 2019, sección Tesis diferencial de carácter sustancial, párr. 2). Por ello es considerado un medio técnico de defensa aplicable de manera excepcional, en tanto y en cuanto el hecho, de manera evidente, es inconsecuente con la prescripción normativa.

En suma, lo que se quiere decir es que en la excepción de improcedencia de acción no se pueden valorar elementos de convicción para poder analizar si el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente y que aquella es un mecanismo de defensa procesal con un análisis *ex ante* de los hechos objeto de imputación.

No obstante, debemos mencionar que, en la etapa intermedia, cuando se formula acusación, esta se sustenta en elementos de convicción que apoyan su justificación. Esto quiere decir que el titular de la acción penal, en función del material probatorio acopiado en la etapa de investigación, considera, a grado de sospecha suficiente, la materialidad del delito —con presencia de todas sus categorías— y la vinculación del acusado —bajo cualquier título— en la comisión de aquel, que merece sanción, vale decir, que se apliquen las consecuencias jurídicas.

Por lo tanto, no nos encontramos en una etapa de indagación provisional a la cual podría interponerse un medio técnico de defensa, como es específicamente la excepción de improcedencia de acción (excepción material) que tiene como finalidad discutir cuestiones de derecho sustantivo sobre la base de la labor de subsunción de los hechos objeto de investigación. Por ello, si el fundamento de dicho mecanismo procesal es que no se analice material indagatorio porque este aún puede ser acoopiado en dicha etapa; resulta lógico que culminada la investigación solo se puede formular el sobreseimiento por atipicidad, el cual, conforme al argumento esbozado en el artículo al que hemos hecho mención, permite el análisis probatorio para decretar su fundabilidad.

De otro lado, abona a nuestra postura de que el legislador no debió considerar la aplicación de la excepción de improcedencia de acción cuando se formula acusación, el hecho de que las excepciones de cosa juzgada, amnistía y prescripción también se oponen a la causal de sobreseimiento contenida en el numeral 2 del artículo 344 del Código Procesal Penal. Específicamente a que la acción penal se ha extinguido, pues conforme al artículo 78 del Código Penal, aquella fenece por muerte del imputado, prescripción, amnistía, por el derecho de gracia, por cosa juzgada y en caso de acción privada, por desistimiento o transacción. La única excepción que procedería formular es la de naturaleza de juicio.

7. CONCLUSIONES

Al considerar el marco normativo comparado, no se encuentran razones justificadas por las cuales se deduzca la intención del legislador para incluir que las excepciones puedan formularse en etapa intermedia frente a un requerimiento acusatorio, si también otorga la posibilidad de formular el sobreseimiento, el cual contiene supuestos idénticos de aplicación —excepción de improcedencia de acción vs. sobreseimiento porque el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, excepción de cosa juzgada, amnistía y prescripción vs. sobreseimiento porque la acción penal se ha extinguido—.

En todo caso, la excepción de improcedencia de acción solo podría ser postulada en la etapa de investigación preparatoria, si es que se considera que no se efectúa valoración probatoria.

8. SUGERENCIAS

Consideramos que a través de una propuesta legislativa se pueda excluir del artículo 350 del Código Procesal Penal la posibilidad de que la parte acusada pueda formular la excepción de improcedencia de acción en la etapa intermedia.

En el mismo sentido, que se establezca vía *de lege ferenda* que la excepción de improcedencia de acción solo puede ser postulada en la etapa de investigación preparatoria, para cuestionar la imputación desde el *factum* postulado en la formalización de la investigación preparatoria.

REFERENCIAS

- Reátegui, J. (2018). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal* (vol. 1). Editora y Distribuidora Ediciones Legales.
- Reynaldi, R. (2019, 22 de julio). Sobreseimiento por atipicidad y excepción de improcedencia de acción (una diferencia cualitativa). *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/sobreseimiento-atipicidad-excepcion-improcedencia-accion-diferencia-cualitativa/>
- San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Sandoval, R. I. *et al.* (2018a). *Código Procesal comentado. Vol. 1. Art. 1 al 259*. Comisión Coordinadora del Sector de Justicia. <https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/leyes-nuevas/codigo-procesal-penal-comentado-CNJ-v1.pdf>
- Sandoval, R. I. *et al.* (2018b). *Código Procesal comentado. Vol. 2. Art. 260 al 506*. Coordinadora del Sector de Justicia. <https://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/leyes-nuevas/codigo-procesal-penal-comentado-v2.pdf>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 181-2011-Tumbes (2012). Corte Suprema de Justicia de la República (6 de septiembre de 2012).

Casación n.º 723-2017-Apurímac (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (15 de noviembre de 2018).

Casación n.º 702-2017-Ucayali (2018). Corte Suprema de Justicia de la República (6 de diciembre de 2018).

Casación n.º 1974-2018-La Libertad (2020). Corte Suprema de Justicia de la República (7 de octubre de 2020).

Casación n.º 86-2021-Lima (2021). Corte Suprema de Justicia de la República (22 de noviembre de 2021).

Decreto n.º 9.042. Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2001. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* (14 de noviembre de 2001). https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ven_cod_org_pro_penal.pdf

Decreto n.º 9-99-E. Código Procesal Penal de Honduras de 2002. *Diario Oficial* (febrero de 2022). https://portalunico.iaip.gob.hn/portal/ver_documento.php?uid=MTE4MDQwODkzNDc2MzQ4NzEyNDYxOTg3MjM0Mg==

Decreto Legislativo n.º 52. Ley Orgánica del Ministerio Público. *Diario Oficial El Peruano* (18 de marzo de 1981).

Decreto Legislativo n.º 126. Modificaciones al Código de Procedimientos Penales. *Diario Oficial El Peruano* (15 de junio de 1981).

Decreto Legislativo n.º 904. Códigos Procesales Penales de El Salvador. *Diario Oficial* (4 de diciembre de 1996). http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_procesal.pdf

Decreto Legislativo n.º 1206. Decreto Legislativo que regula medidas para dotar de eficacia a los procesos penales tramitados bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Decreto Legislativo n.º 124. *Diario Oficial El Peruano* (23 de septiembre de 2015).

- Decreto Ley n.º 21895. El Gobierno modifica varios artículos del Código de Procedimientos Penales. *Diario Oficial El Peruano* (3 de agosto de 1977).
- Ley n.º 24388. Modifica varios artículos del Código de Procedimientos Penales. *Diario Oficial El Peruano* (6 de diciembre de 1985).
- Ley n.º 7594. Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996. *Diario Oficial La Gaceta* (10 de abril de 1996). <https://sitiooj.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/Codigos/Codigo%20Procesal%20Penal%20de%20Costa%20Rica.pdf>
- Ley n.º 1286-98. Código Procesal Penal de Paraguay de 1998. *Diario Oficial* (14 de julio de 1998). [https://www.ministeriopublico.gov.py/archivos/Archivos_pdf/La_Instituci%C3%B3n/Normativa/Paraguay_Codigo_Procesal_Penal\(1\).pdf?time=1504016515340](https://www.ministeriopublico.gov.py/archivos/Archivos_pdf/La_Instituci%C3%B3n/Normativa/Paraguay_Codigo_Procesal_Penal(1).pdf?time=1504016515340)
- Ley n.º 1970. Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999. *Diario Oficial* (25 de marzo de 1999). <https://www.fiscalia.gob.bo/publicaciones/leyes/compendio-legislacion-penal-2023>
- Ley n.º 000. Código de Procedimiento Penal de Ecuador de 2000. *Diario Oficial* (13 de enero de 2000). http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_codigo_pp.pdf
- Ley n.º 19696. Código Procesal chileno. *Diario Oficial* (29 de septiembre de 2000). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595&idParte=0>
- Ley n.º 906. Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004. *Diario Oficial n.º 45.658* (1 de septiembre de 2004). https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal.htm
- Ley n.º 63. Código Procesal Penal de Panamá de 2008. *Diario Oficial* (28 de agosto de 2008). https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_pan_ley63.pdf
- Ley n.º 27.063. Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 2014. *Diario Oficial* (12 de diciembre de 2014). http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf

Ley n.º 28117. Ley de Celeridad y Eficacia Procesal Penal. *Diario Oficial El Peruano* (10 de diciembre de 2003).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor ha participado en el desarrollo del proceso de investigación, así como en la elaboración y la redacción del artículo.

Agradecimientos

El autor agradece a su esposa por el apoyo, la confianza y el ánimo para escribir el presente artículo. Asimismo, a sus hijos por ser el motor y el motivo para mejorar como persona y profesional.

Biografía del autor

Richard Alexander Cabrera Villa, estudiante egresado del colegio Marista Cristo Rey de Cajamarca, obtuvo el grado de bachiller en Derecho y Ciencia Política y el título de abogado en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, casa de estudios en la cual también obtuvo el grado de magíster en Derecho Penal y Criminología. Desempeñó funciones como asistente de juez superior, especialista judicial de juzgado y administrador del Módulo Penal Central de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, como juez supernumerario del Juzgado Mixto de Bambamarca, juez supernumerario del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca y del Juzgado de Investigación Preparatoria de Celendín. Actualmente, se desempeña como juez supernumerario del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Cajamarca.

Correspondencia

rcabrerav@pj.gob.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 293-344

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.961

Los seguros de grupo como modalidad de bancaseguros. Derechos y protección del asegurado

Group insurance as a form of bancassurance. Rights and
protection of the insured

Seguro de grupo como forma de bancassurance. Direitos e
proteção do segurado

LORENA CECILIA RAMÍREZ OTERO

Universidad del Pacífico

(Lima, Perú)

Contacto: LC.Ramirezo@up.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0008-4259-6240>

RESUMEN

Se estudia la norma que considera operación bancaseguros a aquella en que la financiera celebraría como contratante un seguro de grupo que le faculta para comercializar la cobertura entre sus clientes y determina cómo esta disposición implementa un sistema de distribución de seguros individuales. El trabajo identifica las principales afectaciones al consumidor que se producen cuando la entidad financiera comercializadora ejerce el rol de contratante y, por contraste, las ventajas de reglamentar sus funciones y sus responsabilidades como agente y representante de la aseguradora para la protección de los asegurados y la gestión centralizada de pólizas individuales. El estudio es una revisión de la justificación técnica de este tipo de seguro de grupo impropio en el contexto de los actuales desarrollos reglamentarios de la actividad de intermediación.

Palabras clave: intermediación; pólizas grupales; agencia; consumidor; gastos.

Términos de indización: seguro; instituciones financieras; banco; consumidor (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

A study is made of the regulation that considers a bancassurance operation to be one in which the financial company would enter into group insurance as a contracting party, which empowers it to market coverage among its customers, and determines how this provision implements a system of distribution of individual insurance. The work identifies the main effects on the consumer, which occur when the marketing financial institution exercises the role of contracting party; and by contrast, the advantages of regulating their roles and responsibilities as an agent and representative of the insurer, for the protection of policyholders and the centralized management of individual policies. This study is a review of the technical justification of this type of improper group insurance, in the context of the current regulatory developments of the intermediation activity.

Key words: intermediation; group insurance; agency contract; consumer; expenses.

Indexing terms: insurance; financial institutions; banks; consumers (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Ele estuda a norma que considera operação de bancassurance aquela em que a financeira contrataria um seguro coletivo como contratante, o que a autoriza a comercializar a cobertura entre seus clientes, e determina como esse dispositivo implementa um sistema de distribuição de seguro individual. O trabalho identifica os principais efeitos para o consumidor, que ocorrem quando a entidade financeira comercializadora exerce o papel de contratante; e, em contrapartida, as vantagens de regular

as suas funções e responsabilidades como agente e representante da seguradora, para a proteção dos segurados e para a gestão centralizada das apólices individuais. Este estudo é uma revisão da justificação técnica para este tipo de seguro de grupo impróprio, no contexto dos atuais desenvolvimentos regulatórios na atividade de intermediação.

Palavras-chave: intermediação; políticas de grupo; agência; consumidor; despesas.

Termos de indexação: seguro; instituições financeiras; banco; consumidor (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 19/3/2024

Revisado: 26/3/2024

Aceptado: 4/6/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de la Ley de Contrato de Seguro, Ley n.º 29946 (LCS), lleva a la conclusión de que esta legisla un seguro de grupo en sentido propio: un solo contrato por cuenta ajena que da cobertura a un grupo de asegurados. No obstante, como demostraremos, la normativa de control de bancaseguros ha reglamentado un tipo de seguro de grupo impropio que se corresponde con un sistema de distribución de seguros individuales.

Desde el 2010 los reglamentos de comercialización de seguros (antes Resolución SBS n.º 2996-2010 [RMCS] y ahora Resolución SBS n.º 1121-2017 [RCS]), catalogan como operación bancaseguros a todo seguro de grupo en que la entidad financiera ocupa la posición de contratante; contrato que faculta a realizar servicios de mediación. Con esta disposición el regulador de seguros introduce la figura de la entidad financiera tomadora, comercializadora y, a veces, también beneficiaria del seguro. Entonces, es necesario conceptualizar la comercialización de seguros como un canal de distribución directo, así como necesario es establecer que es el contrato de agencia —y no el de seguro de grupo— el que permite la colocación de seguros.

Demostraremos que los modelos regulados para la contratación de estos seguros de grupo dan lugar a la celebración de contratos individuales de seguro, y que la entidad financiera no emite un consentimiento que celebre el seguro, ni se obliga al pago de la prima en calidad de contratantes; empero, los condicionados de las pólizas atribuyen todos los derechos del contratante a una entidad que solo es agente. Para desarrollar estas hipótesis de investigación analizaremos los preceptos de la LCS y de los reglamentos a la luz de la doctrina nacional y comparada, contrastando las conclusiones con las cláusulas generales identificadas en los modelos de pólizas del registro¹ correspondientes a los ramos de desgravamen y protección contra robo y hurto de tarjeta de crédito. Elegimos estos, pues el desgravamen es representativo de los seguros de vida y exigido para dar crédito; en cambio, el de protección para robo y hurto de tarjetas es un seguro de daños optativo muy comercializado en bancaseguros.

El recurso a la ficción legal de una entidad financiera contratante de una póliza única que origina múltiples relaciones asegurativas ha encontrado tradicionalmente justificación en lograr una gestión centralizada de la pluralidad de coberturas, con ahorro de costos operativos. Pero ciertas facultades del contratante, atribuidas a la entidad financiera, le permiten prácticas de ejercicio de «propiedad de póliza» que podrían resultar atentatorias de los derechos de los consumidores del grupo, algunos de ellos conferidos por la propia reglamentación de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). Por contrapartida, veremos que la atribución al comercializador de la calidad de representante de la aseguradora y el establecimiento de una responsabilidad administrativa y contractual de ambas entidades, con el que la normativa de control busca prevenir y remediar deficiencias de la comercialización, han resultado en un importante ámbito de protección de los consumidores de bancaseguros. Además, la obligatoriedad de celebrar un contrato de

1 Desde 2006 existe el Registro de Pólizas de Seguro, regulado por la Resolución SBS n.º 7044.2013 (RRP), que establece los requisitos que deben cumplirse para registrar las pólizas de manera previa a su comercialización (SBS, 2022).

comercialización, que comprende la prestación de ciertos servicios de poscolocación del seguro, sirve eficazmente a la adecuada gestión de las relaciones asegurativas de la colectividad de asegurados. El estudio del alcance de estas disposiciones nos cuestiona sobre la existencia de una necesidad operativa de atribuir la calidad de contratante a la entidad financiera agente, que a la fecha justifica el reconocimiento de los seguros de grupo impropios como mecanismo de gestión centralizada con disminución del importe de las primas.

2. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE SEGURO DE GRUPO Y BANCASEGUROS

2.1. Tipología del canal bancaseguros. Concepción reglamentaria del seguro de grupo como contrato de mediación

La normativa reglamentaria (desde la RMCS) contiene una definición clásica de bancaseguros, según la cual se trata de la promoción y la comercialización de seguros que realizan las aseguradoras por intermedio de entidades financieras. A continuación de esta definición, el apartado b del artículo 18 RCS cataloga entre las operaciones consideradas como de bancaseguros a la siguiente forma de comercialización descrita como indisolublemente unida a la contratación por parte de la entidad financiera de un seguro de grupo²:

Aquellas en las que la empresa del sistema financiero suscribe con la empresa un contrato de seguro de grupo o colectivo en calidad de contratante quedando de esta forma facultada para comercializar con sus clientes la cobertura contratada en los mismos términos y condiciones que figuran en la póliza de seguro de grupo o colectivo.

La literalidad de este apartado alude a un canal de distribución indirecta, ya que solo en uno de este tipo ocurriría que la financiera «suscriba» un servicio de cobertura para luego comercializar la cobertura

2 Antes la doctrina diferenciaba esta figura del seguro colectivo, véase, entre otros, Benitez (1955, pp. 200-201); ahora es pacífico el uso equivalente de ambos términos.

así contratada (Quintáns, 2000, pp. 117-118). Pero sería solo una forma didáctica que emplea el regulador para describir una operación, en la cual entiende que la financiera obraría como contratante y comercializador del mismo seguro de grupo, ya que otros artículos de la misma RCS, como por ejemplo el artículo 3, se refieren a la bancaseguros como una modalidad de comercialización directa.

La RCS obliga a las aseguradoras a suscribir con los empresarios a quienes encarguen la colocación de sus seguros, un «contrato de comercialización», regulado en el artículo 16 RCS, cuya naturaleza sería la de un contrato de agencia, conforme al cual el empresario que promueve productos de seguro lo hace con *contemplatio domini*, con representación directa, en nombre de la aseguradora. Si bien la doctrina ha discernido sobre la posibilidad de actuación del agente con representación indirecta (Quintáns, 2001, p. 246), esta no tendría cabida en bancaseguros porque tal modo de actuación de la financiera comercializadora queda descartado desde la propia Ley General del Sistema Financiero y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley n.º 26702 (LGSF). La actividad aseguradora cuyo contenido contractual incluye obligación de cobertura del riesgo y pago de la indemnización o suma (Zegarra, 2017, pp. 39-40) requiere de autorizaciones administrativas previas y, según el artículo 11 LGSF, la entidad que careciera de estas no puede otorgar coberturas por cuenta propia, ni efectuar anuncios o publicaciones en los que sugiera o afirme que practica estas operaciones de cobertura y pago de indemnización o suma ante la ocurrencia de un siniestro. Las normas de transparencia —ahora Resolución SBS n.º 4143-2019 (RGCMS)— siempre han exigido que los folletos informativos utilizados para difundir los seguros de grupo ofrecidos contengan la identificación de la aseguradora (artículo 14.2.b.iv RGCMS), incluso con empleo de «caracteres destacados» para identificarla (Resolución SBS n.º 3199-2013³ [RT2013]), con la evidente finalidad de que el usuario distinga a la entidad aseguradora del comercializador que promociona el seguro de grupo, pero no otorga la cobertura. Por la misma razón el artículo 16 g de la RCS exige que los comercializadores mantengan en sus locales

3 Derogada por la RGCMS.

«paneles visibles al público» que muestren claramente su condición de tales, con indicación de la aseguradora correspondiente. Al no ser posibles los canales de distribución indirecta en seguros, es práctica abusiva que en el marco de la oferta o promoción de seguros se «desorienta al potencial contratante respecto de la identidad de la aseguradora o la afiliación del comercializador a esta» (anexo 2, punto 9, de RGCMS).

El contrato de comercialización de los artículos 14 y 16 de la RCS no podría ser uno de comisión, ya que la relación que une al comisionista con su principal no es estable y tiene por objeto la realización de un acto, no la promoción general de los productos del principal (Quintáns, 2001, p. 250). Aunque la RCS no usa el término agencia (y la SBS nunca se refiere a agentes de seguros sino a comercializadores), son múltiples las alusiones al actuar y las obligaciones propias de un agente contenidas en el texto de este reglamento: al contrato de comercialización como modalidad de contratación directa se refiere, entre otros, el artículo 3; contrato por el cual, según el artículo 14, el comercializador adquiere la condición de representante de la aseguradora para promover, ofrecer y comercializar sus productos de seguros; y según el artículo 18 es objeto de la bancaseguros promover, ofrecer y comercializar los productos de las aseguradoras. Como sabemos, la primera de estas actividades —promover— es la obligación primaria o esencial del agente (Quintáns, 2001, pp. 58-ss.), por lo que al igual que en el derecho comparado, la bancaseguros en Perú es una agencia (Tirado y Sarti, 2007, p. 455).

La financiera no puede comercializar sino en nombre de la aseguradora, una actuación a nombre propio impediría que el contrato celebrado quede perfeccionado directamente con su principal aseguradora, que es la única entidad con autorización administrativa para ofertar y obligarse a cobertura e indemnización (Ferrara, 1971, pp. 272-282). En este modo de comercialización, reglamentado como un canal de comercialización directa, el comercializador o agente de seguros actúa como representante de la aseguradora. En conclusión, no es el seguro de grupo el que faculta a la entidad financiera a comercializar una cobertura entre sus clientes (como pareciera indicar el artículo 18.b RCS), sino el actuar como agente de seguros en virtud del contrato obligatorio denominado por el RCS como «de comercialización».

Si el contrato de seguro de grupo no faculta a la financiera para comercializar la cobertura contratada, es preciso determinar el espíritu de la norma del artículo 18 b de la RCS que cataloga como bancaseguros a la celebración de este. Antes de la LCS (2012), las únicas referencias a este tipo de seguro estaban en los reglamentos de comercialización, comenzando por la derogada Resolución SBS n.º 510-2005, que exigió incorporar en el certificado de seguro las cláusulas del contrato de comercialización por las que la aseguradora se comprometía a reconocer eficacia a las comunicaciones y los pagos de sus asegurados entregados a la financiera. Esta norma sí se refería de modo diferenciado a los contratos de comercialización y de seguro de grupo; fueron los reglamentos posteriores, RMCS y RCS, que en sus artículos 16 y 18 b, respectivamente, introdujeron el texto bajo comentario, según el cual, en virtud del seguro de grupo, la financiera queda facultada a comercializar la cobertura contratada, y que cataloga como operación de bancaseguros a la celebración por parte de la financiera de un seguro de grupo en calidad de contratante. En nuestra opinión, en esta disposición del artículo 18 b RCS subyace una postura igual a la adoptada por la anterior Dirección General de Seguros del Ministerio de Hacienda español, de que en el seguro de grupo existía un contrato de mediación entre la entidad financiera y la aseguradora, y un contrato de seguro entre esta última y los miembros del grupo (Illescas, 1975). La mayor crítica subsistente a esta postura es que en tal caso nunca podría hablarse de un solo contrato de seguro (de grupo) por un lado y un contrato de mediación por otro, pues serían varios contratos individuales de seguro los pactados entre la aseguradora y cada uno de los integrantes del grupo. Illescas Ortiz (1975) argumentó contra aquella postura que, si prosperaba esta concepción, no podría jurídicamente hablarse de un seguro de grupo, sino solo desde una perspectiva estrictamente empresarial o de gestión:

existiría el seguro de grupo por que un conjunto de pólizas individuales a efectos de gestión y administración tendrían como punto principal de referencia el de la integración de todos los tomadores en una colectividad o agrupación concreta y determinada; pero

no sería posible trascender al ámbito jurídico esa peculiaridad, por cuanto que se trataba de pólizas tan individuales como las que cubren a personas ajenas a dicha colectividad. (pp. 38-39)

Veremos que los modelos de pólizas inscritos en el registro oficial como seguros de grupo en virtud del artículo 18 b RCS, y que según los artículos 3 y 8 de la RRP y 24 de la RGCMS, deben constar de condiciones generales, particulares, solicitud de seguro y certificado o solicitud-certificado, resumen, y de emplearse cláusulas adicionales dan lugar, en realidad, a la celebración de varios seguros individuales. Así también podremos concluir más adelante que la calificación por el artículo 18 b RCS de una operación bancaseguros como seguro de grupo, ha trascendido al ámbito de las facultades y los derechos que ejercen las entidades financieras.

2.2. Características del seguro de grupo

2.2.1. Un solo contrato. Modalidades de contratación e intermediación compatibles

Asegurar a una pluralidad de personas mediante un solo contrato —seguro de grupo— procura ventajas para la ejecución del contrato y la operación económica de seguro. Sánchez Calero (2010b) decía que el costo más beneficioso de este seguro frente a la contratación individual no solo se debía a la reducción del gasto en la consecución y la gestión de esos seguros, sino a que se formaba una mutualidad de asegurados desde el momento de efectuarse el contrato (p. 2055). La LCS no da una definición de seguro de grupo, pero sí se refiere a un solo contrato —en singular— con el que se cubre a los adherentes de un grupo determinado y/o a su familia o personas a su cargo (artículo 115), y a un contrato —en singular— que debe contener las condiciones de incorporación al grupo (artículo 136); por lo cual afirmamos que la LCS legisla un contrato de seguro de grupo en sentido propio o estricto: un solo contrato que asegura los riesgos que soportan varios asegurados. Rodas Paredes (2017) señala que el legislador peruano renunció a ofrecer una definición legal auténtica de esta modalidad de seguro por eludir problemas dogmáticos

relativos a su naturaleza jurídica y mantener en la esfera del derecho regulatorio la definición de las características concretas de esta modalidad contractual (p. 737). A esto hay que añadir que la SBS también ha dado una definición de seguro de grupo en sentido propio: «modalidad de seguro que se caracteriza por cubrir, mediante un solo contrato, a múltiples asegurados que integran una colectividad homogénea» (2 m RCS); es el concepto que emplea en el glosario de términos de su normativa, aunque veremos que no es el tipo que reglamenta.

Estamos ante un seguro de grupo en estricto cuando se trate de «un único contrato, que produce como efecto el aseguramiento de un grupo de personas, dando lugar al nacimiento de una pluralidad de relaciones aseguradoras entre el asegurador y cada uno de los miembros del grupo» (Sánchez, 2010b, p. 2061). Entonces, coincidimos con el artículo 18 b RCS, en cuanto a que para tratarse de un seguro de grupo (contrato único) la entidad financiera necesita ser la contratante. En la formación o el incremento del grupo de asegurados podría luego la financiera contratante actuar promoviendo las adhesiones al colectivo o la formación de relaciones aseguradoras en virtud de haber suscrito el contrato de comercialización; así se configuraría un supuesto de bancaseguros en que el agente-entidad financiera solo promueve, pero no celebra, contratos por cuenta y en nombre de su principal. Pero este no es el procedimiento que se da en el mercado peruano de bancaseguros, según veremos del análisis de la naturaleza de los formularios contractuales que firman los asegurados, exigidos por los artículos 3 y 8 RRP. Otra forma de actuación compatible con la concepción legal del seguro de grupo —en sentido propio— es que la financiera contrate la cobertura de un grupo de clientes mediante un solo contrato, ya sea como una «póliza de castigo» o porque previamente sus clientes le solicitaron o autorizaron su contratación. Este tipo de autorización aparece en cláusulas de contratos de crédito⁴, como la siguiente:

4 La cláusula corresponde a la condición general del contrato de crédito hipotecario aprobada por Resolución SBS n.º 1813-2014.

DÉCIMA: DEL SEGURO DE DESGRAVAMEN. Durante la vigencia del presente Contrato, EL CLIENTE se obliga a contratar y mantener vigente un seguro de desgravamen, siendo beneficiario de la póliza exclusivamente EL BANCO, quien [...] Sin perjuicio de la obligación que asume EL CLIENTE, EL BANCO podrá contratar, endosar a favor de EL BANCO, renovar y/o mantener vigente la póliza de seguro de desgravamen antes señalada ante el incumplimiento de EL CLIENTE, y, en tal caso, este deberá reembolsarle de inmediato los pagos realizados; o, en caso que EL BANCO aceptara financiarla, EL CLIENTE autoriza a EL BANCO, con su firma en el presente Contrato, a incluir el costo total de la/s póliza/s tomada/s en las cuotas del préstamo otorgado.

Tampoco son de este segundo tipo, según veremos, los modelos de pólizas inscritos como grupales en el registro oficial, correspondientes a los dos productos que analizamos.

2.2.2. Un seguro por cuenta ajena que da cobertura a una pluralidad de asegurados

El seguro de grupo, en sentido propio, tiene como característica esencial ser un seguro por cuenta ajena y un tipo de seguro de abono (Bataller, 2002, p. 975). Al asegurarse mediante un solo contrato a una pluralidad de asegurados, el seguro de grupo es por cuenta ajena, ya que no recaen en la misma persona las calidades de contratante (contraparte de la aseguradora en el contrato bilateral de seguro) y asegurado. Los riesgos cubiertos por este único contrato afectan a los asegurados integrantes del colectivo, entonces el contratante —frecuentemente llamado *leader* o representante— interviene en el contrato en interés de estos (Sánchez, 2010b, p. 2062). El tomador contrata en nombre propio, pero por cuenta ajena, en tanto lo hace en interés del grupo de asegurados (Benito, 2014, p. 1111). Dice Sánchez Calero (2010b) que el tomador de un seguro de grupo no actúa con un poder de representación directa, ya que si así fuese, el contrato se celebraría no solo por cuenta, sino también en nombre de las personas que forman el grupo y, entonces, ese representante no tendría la consideración de tomador, sino que tal calidad la poseería cada uno

de los componentes del grupo, que serían al propio tiempo tomadores y asegurados (pp. 2062-2063). Tomador es quien contrata en nombre propio el seguro de grupo y como tal es parte de la relación contractual, y el asegurado es el titular del interés asegurable que, por consiguiente, está expuesto al riesgo «en el sentido que va a sufrir los efectos del evento dañoso» (Sánchez, 2010a, p. 214).

En los seguros de grupo de personas, la posición de beneficiario la suele ocupar la entidad financiera mutuante de los asegurados, igual como ocurre en España con los seguros colectivos de operaciones crediticias o de amortización de préstamo, en los de protección de pagos y en los seguros de vida de amortización de préstamos hipotecarios que se contratan para cubrir el fallecimiento, la invalidez o la incapacidad permanente, el desempleo, la hospitalización o la incapacidad temporal de los prestatarios; a fin de que, de ocurrir uno de estos siniestros, se pague como indemnización la parte no amortizada del préstamo contraído por el asegurado. Estos productos coinciden en su mayoría con el seguro de desgravamen, tipo de seguro de vida que pertenece al ramo 074, el cual opera en la modalidad de protección de pagos y de amortización de créditos hipotecarios. Todos estos seguros, cuando se contratan en una póliza grupal, son por cuenta ajena, pues el contratante gestiona el interés de los asegurados y el contrato se preocupa de su protección (Sánchez, 2010a); la jurisprudencia española ha ratificado que no dejan de serlo, por actuar el contratante además en interés propio si es beneficiario, caso en que estaríamos ante seguros de grupo por cuenta ajena, pero celebrados tanto en interés propio como en interés de los prestatarios⁵. Según la jurisprudencia colombiana, el seguro de vida grupo deudores (equivalente al desgravamen), es un contrato por cuenta ajena «en el cual el banco, al tomar el seguro, traslada un riesgo que en principio no le es propio sino del deudor, es decir, la incapacidad de pago causada por el deceso o la invalidez» (Tabares, 2018, p. 69)⁶.

5 Sánchez (2010b, p. 2064) cita la STS española del 30/11/2002 (RJ. 2002. 9693).

6 Según el autor, para la Corte Suprema de Colombia, en los seguros de vida grupo deudores el banco acreedor tiene un interés «indirecto», pues con el seguro quiere sustraerse de los efectos del deceso o la incapacidad de su deudor.

La LCS ha concebido el seguro de grupo como uno del tipo por cuenta ajena (Rodas, 2017, p. 737), lo que resulta lógico si, como afirmamos, esta ley se refiere al seguro de grupo como un único contrato. Según el artículo 137 LCS, no son oponibles al asegurado del grupo los contenidos contractuales que no le han sido informados en el certificado que se le debe entregar, conforme al artículo 136 LCS. Estas disposiciones de la LCS carecerían de sentido si el asegurado fuera tomador del seguro, cuyo contenido tuvo oportunidad de conocer al suscribir el contrato o antes; lo consintió y le sería obligatorio por *pacta sunt servanda*.

2.3. La calidad de contratante en los seguros de grupo. Rol y derechos de la entidad financiera en los modelos del registro

También en los seguros de grupo, en sentido propio, el otro polo de la relación contractual es el contratante (Sánchez, 2010a, p. 224). Que el contratante sea la financiera —como indica el artículo 18 b de la RCS— y no los asegurados del colectivo, es acorde con la concepción de seguro de grupo en sentido propio de la LCS, y se lograría la unicidad del contrato en cabeza de un solo tomador.

Por ser el *leader* del grupo quien suscribe el contrato de seguro en nombre propio como tomador, sobre él recaen las obligaciones y los deberes del contrato de seguro, tal como el artículo 56 de la LCS indica que se produce en todo seguro por cuenta ajena, con la salvedad de aquellos que, por su naturaleza, solo pueden ser cumplidos por el asegurado. A la obligación de pago de la prima, la principal de la contraparte de la aseguradora en el esquema del sinalagma funcional y genético del contrato bilateral de seguro, la LCS le da un rol identificador de quién es el sujeto sobre el que reviste la calidad de contratante, al señalar en su artículo 17: «El contratante es el obligado al pago de la prima»; sin perjuicio de que a renglón seguido el mismo precepto atribuye responsabilidad solidaria al asegurado y beneficiario por la prima en mora al ocurrir el siniestro (para legitimar su descuento de la indemnización a pagar), y también señale que el asegurador no puede rechazar el pago de la prima proveniente de un tercero. Las partes del contrato bilateral de prestaciones recíprocas, que es el seguro, dice Zapata-Flórez (2022) que son dos: (a) el asegurador persona jurídica que asume los riesgos y (b) «el

tomador, que los traslada» (p. 216). Ocurre que la traslación de las consecuencias económicas desfavorables del siniestro sobre el patrimonio de la aseguradora, solo se logra obligándose frente a esta al pago de la prima. Entonces es preciso que, en toda póliza grupal, de las mencionadas en el artículo 18 b RCS, la financiera, en tanto que contratante, haya efectivamente asumido frente a la aseguradora la obligación de pago de la prima. De lo contrario, no estaremos ante un seguro de grupo, como lo puso de manifiesto Illescas Ortiz al comentar la Orden española de 3 de junio de 1968, relativa a la contratación de seguros de vida y accidentes bajo la modalidad colectiva para clientes titulares de cuentas en establecimientos de crédito. Illescas (1975) hizo notar que esta orden prohibía que el banco asuma la posición de representante y cualquier responsabilidad en virtud del seguro, y que la obligación de abonar la prima era de cada uno de los integrantes del grupo, lo que hacía evidente que el tomador no era único sino plural: tantos como asegurados había, que celebraban en realidad contratos de seguro individuales (pp. 135-136).

Por actuar el *leader* del grupo en nombre propio —aunque por cuenta ajena— es la contraparte de la aseguradora y, por ende, el constrañido al cumplimiento de las obligaciones que impone la legislación contractual al contratante. Donde estas obligaciones no se establezcan respecto del *leader*, no estaremos frente a un contrato de seguro de grupo; sin importar que este garantice el cumplimiento del pago de la prima por otros pactos con la aseguradora (Sánchez, 2010b, p. 1683). Tampoco da la calidad de contratante la práctica del pago voluntario de la prima en mora, que hacen las entidades financieras para conservar activa una cobertura en la que tienen interés propio, aunque sean pagos pautados en una política o pacto distinto con la aseguradora.

De la indagación sobre quién es el sujeto que se obligaría al pago de la prima, según los modelos de pólizas grupales que obran en el registro, correspondientes a los productos de seguros de grupo de desgravamen y contra robo y hurto de tarjetas, encontramos los siguientes supuestos; modelos de póliza en los que no queda claro quién asumirá esta obligación, con condiciones generales como⁷:

7 La cláusula corresponde al modelo registrado por Resolución SBS n.º 03150-2020.

En virtud del presente contrato de seguro, el Contratante y/o Asegurado se obliga al pago de la prima convenida y la Compañía sujeta a los términos y condiciones de esta Póliza, a pagar la indemnización prevista para cada una de las Coberturas hasta la Suma Asegurada establecida en las Condiciones Particulares, Solicitud, Solicitud-Certificado y/o Certificado [...].

Un segundo supuesto son los modelos que establecen el pago de la prima como obligación del asegurado, con cláusulas como esta⁸:

ARTÍCULO 7° PRIMA: La prima del seguro es mensual, debiendo ser pagada por el Asegurado de acuerdo a la periodicidad, lugar y medios de pago convenidos en la Póliza y se sujeta a los plazos acordados en el Convenio de Pago que forma parte de la misma [...] ARTÍCULO 8° LUGAR Y FORMA DE PAGO DE LA PRIMA: El pago de la prima puede realizarse a través de las oficinas administrativas del comercializador ubicadas en Lima y Provincias, y será efectivo conjuntamente con la cuota del crédito otorgado al ASEGURADO.

Un tercer supuesto es el de los modelos de póliza cuyo texto pareciera rehuir de la identificación del sujeto que se obligará al pago de la prima hasta la casi total indeterminación, como en la siguiente condición general: «ARTÍCULO 6° PRIMA Y FORMA DE PAGO. - USTED pagará la prima determinada de acuerdo al Plan elegido, en el monto y la oportunidad señalada en las Condiciones Particulares de la póliza y en el Certificado de Seguro»⁹. Este es el supuesto más frecuente y, en algunos modelos, luego de una interpretación sistemática del condicionado, puede llegarse a la conclusión de que tal obligación sería de la entidad financiera contratante comercializadora; sin embargo, al momento de la

8 El artículo corresponde al modelo de póliza registrado por Resolución SBS n.º 03597-2021.

9 La condición general pertenece al modelo de póliza registrado por Resolución SBS n.º 00416-2023.

contratación esta entidad no llega a emitir un consentimiento contractual de este tipo, como luego veremos.

Cuando con la contratación del seguro de grupo el tomador no está implementando el cumplimiento de obligaciones a su cargo (como sí en seguros como el «vida ley»), lo usual es que parte de la prima o su totalidad sea aportada por los asegurados, a quienes se les traslada, carga e incluso factura directamente¹⁰; como ocurre en seguros contratados o colocados por entidades financieras. Entonces conviene distinguir la posición de sujeto obligado frente a la aseguradora y en virtud del contrato de seguro a pagar la prima, a quien se refiere el artículo 17 de la LCS como contratante, de la posición del sujeto que materialmente haya de realizar este pago¹¹ que, dependiendo del pacto (extraseguro) con el contratante¹², se ejecuta incluyendo su importe en el cronograma de cuotas del crédito, descontándolo del capital prestado, con cargo en cuenta, descuento en planilla, etcétera. Al respecto, como ya ha señalado la doctrina, la calidad del contratante como obligado al pago de la prima no se traslada al sujeto que materialmente efectúa el pago, ni aun cuando se trate del asegurado (Benito, 2014, pp. 1124-1125); los pactos extraasegurativos entre asegurados y tomador sirven a este último para repetir lo pagado, pero «desde el punto de vista del seguro, el único sujeto obligado al pago es el tomador» (Bataller, 2002, p. 976). En doctrina comparada se ha acuñado la denominación tomador asegurado para nominar a los asegurados del grupo que asumen el pago de la prima, quienes serían los verdaderos *dominus negotii*, mientras que el tomador que no asuma el pago de la prima será un mero suscriptor del contrato, que actúa por

10 El comprobante de pago de la prima del desgravamen suele emitirse a nombre del cliente del grupo; así se accede a la inafectación del IGV para seguros de vida cuyo comprobante de pago está emitido a nombre de una persona natural (artículo 2 s del Decreto Supremo n.º 055-99-EF). En España se considera que si la prima debe pagarla el tomador único, el cumplimiento se efectúa bajo un solo recibo (Bataller, 2002, p. 976).

11 El profesor Illescas Ortiz (1975, p. 125) propuso esta distinción.

12 Illescas (1975, p. 126) alude a una obligación de los asegurados del grupo de pagar al contratante la prima particular que les corresponda, según el pacto extraasegurativo que motivó la contratación del seguro por el tomador.

cuenta ajena (Tirado y Sarti, 2007, p. 1810). Explica Peña López (2001) que un tomador en posición de *dominus negotii* es quien verdaderamente cumple con las obligaciones, en particular de pago de la prima, y que el tomador de un seguro de grupo, salvo excepciones, no puede ser considerado un *dominus negotii* sino un gestor de la colectividad por cuenta de quien contrató el seguro, que se limita a recaudar el dinero y pagar formalmente la prima al asegurador (p. 675).

Una de las evidencias que la doctrina consideraba relevante para determinar que no se estaba frente a un seguro de grupo era que el pago de la prima calculada para cada asegurado estaba dotado de poder liberatorio¹³. Pero no ha sido esta la evolución de los efectos de la mora: a la fecha, el impago del total de la prima no tiene por qué afectar la cobertura de todo el colectivo, sino solo a determinadas relaciones asegurativas en particular. Sánchez Calero (2010b, p. 2067) anota la licitud de la práctica, conforme a la cual cuando los miembros del grupo han pactado con el tomador contribuir al pago de la prima, este podría hacer un pago parcial con efecto liberatorio solo de determinadas relaciones jurídicas, comunicando a la aseguradora, con el nombre de los asegurados a los que corresponde, el pago, cuya cobertura ya no quedaría expuesta a la suspensión por mora.

En el artículo 18 b RCS la SBS ha normado la figura de la entidad financiera contratante que además comercializa seguros (contratante agente). Bajo esta disposición la financiera podría, en teoría, celebrar el contrato de seguro en calidad de contratante obligada al pago de la prima, operando como *gestor* del grupo de asegurados, a la vez que ser agente de seguros en virtud de un contrato de comercialización que, por norma,

13 Esta era la crítica de Illescas Ortiz (1975, p. 136) a la Orden española de 1968 que para el autor regulaba seguros individuales. La Orden de 24 de enero de 1977 trajo un modelo de póliza con la siguiente cláusula: «En los seguros de grupo contratados con contribución de los asegurados en el coste del seguro, el contratante se obliga al pago del total del recibo, sin poder oponer a la Aseguradora excepción alguna por la falta de aquella contribución», y estableció que el tomador obligado al pago de la prima la debía de modo íntegro o indivisible a la aseguradora (Orden de 24 de enero de 1977, por la que se regulan los seguros de grupo sobre la vida humana).

la convierte en representante de la aseguradora para promover, ofrecer y comercializar los productos de seguros de esta (artículo 14 RCS). Desde esta posición, si bien como agente la financiera podría concluir los contratos en nombre de su principal, la práctica de bancaseguros peruana no ha configurado este tipo de participación del comercializador en la celebración del contrato de seguro con representación directa de la aseguradora (la actuación con representación indirecta ya vimos que la prohíbe el artículo 11 LGSF). Entonces, en la bancaseguros peruana no se dan seguros de grupo celebrados como contratos consigo mismo o autocontratos. Pero, sobre todo, debemos indicar que en los modelos de contratación de los llamados seguros de grupo, según el artículo 18 b RCS, que se colocan en la bancaseguros, con la documentación exigida por los artículos 3 y 8 de la RRP, la entidad financiera no emite una manifestación de voluntad destinada a celebrar un contrato de seguros, según determinaremos en el siguiente apartado del presente trabajo. Esta renuencia de las financieras a asumir la obligación de pago de la prima y con ello la calidad de contratante, en nuestra opinión, tiene su explicación en que ya se ha dado en otros países que los jueces han sido rigurosos al considerar vigente el seguro y ordenar a la aseguradora el pago de la indemnización si, por ejemplo, el banco prestamista-tomador-beneficiario no procedió al pago de la prima y la aseguradora de su propio grupo societario tampoco presentó el recibo al cobro para su pago a la vista, aunque el impago se debía a falta de fondos en cuenta del asegurado (Tapia, 2006, p. 251). Hay que tener en cuenta la frecuencia de los conglomerados financieros y la internacionalización de las prácticas asegurativas.

Más bien, las financieras despliegan otro tipo de prestaciones de gestión y administración de las relaciones asegurativas. Hoy, para que opere la bancaseguros, la aseguradora y la financiera deben celebrar un contrato de comercialización cuyo contenido obligatorio se extiende a la recepción y el envío de solicitudes, comunicaciones y reclamos (no de atención), y también podrían pactarse servicios de digitalización, custodia o archivo de documentación, entre otros (artículos 16 y 18 RCS). La RCS exige también que este contrato incluya los procedimientos de

cobranza de primas con determinación de las funciones y las responsabilidades del comercializador, y la disposición de que los pagos hechos al comercializador se consideran abonados en ese momento a la aseguradora. Esta cobranza en bancaseguros se cumple como recaudación y no como cobranza extrajudicial, lo que se refleja en muchos textos de póliza de seguro grupal que atribuyen a la entidad financiera obligaciones propias de un recaudador más que de un contratante, como en la siguiente cláusula¹⁴:

Contratante/Comercializador/Entidad Financiera: Es la persona o entidad que suscribe la póliza con la Compañía y la obligada a transferir a la Compañía las primas pagadas por la totalidad de Asegurados [...] DÉCIMO CUARTA: PRIMAS La prima comercial (individual) es la prima pagada por cada Asegurado al Contratante y que incluye la comisión de comercialización. El Contratante transferirá las primas pagadas por la totalidad de Asegurados a la Compañía de conformidad con lo dispuesto en el respectivo contrato de comercialización. [...] CONDICIONES PARTICULARES. OPORTUNIDAD DE PAGO: El Contratante realizará el débito de la prima inicial en la Cuenta Bancaria autorizada por el Asegurado dentro del mes de suscrita la solicitud de seguro. [...]. En caso de haberse contratado en moneda extranjera y el cliente opte por pagar la prima en Nuevos Soles, deberá utilizar el tipo de cambio venta establecido por la entidad recaudadora en la fecha de pago [...].

Sánchez Calero (2010b) diferenció el seguro de grupo de otras figuras con que también se lograba el aseguramiento de un grupo de personas, y señaló: (a) frente al contrato de seguro celebrado con referencia a los riesgos de un grupo de personas, del que derivan relaciones de seguro relativas a cada una de las personas componentes del grupo, aparecen seguros de grupo, que se diferencian del caso anterior porque dan lugar a un conjunto de contratos de seguro referidos, cada uno de ellos, a los

14 El texto es del modelo de póliza con registro concedido por Resolución SBS n.º 01943-2022.

riesgos de una determinada persona. De forma que, mientras que en el seguro de grupo, en sentido estricto, nos encontramos ante un único y definitivo contrato de seguro, en los llamados seguros de grupo en sentido amplio surge una pluralidad de contratos de seguros que tiene como precedente un contrato normativo o un contrato preliminar, cuyo fin por lo general no solo es determinar previamente el contenido de los eventuales futuros contratos de seguro, sino de modo especial agruparlos para facilitar su contratación y su administración (emisión de pólizas, recaudación de primas, etcétera) (p. 2075).

Es relevante y actual en el mercado peruano de producción de seguros este comentario del maestro mercantilista y premio internacional de seguros. Además del contrato de comercialización obligatorio, es usual que previamente se dé entre aseguradora y financiera un contrato normativo consensual cuyas obligaciones se ejecutan con la elaboración y el registro de un determinado modelo de póliza (y nota técnica), su comercialización y la suscripción de contratos de seguro con los clientes de la financiera empleando este modelo. Las aseguradoras diseñan así productos acordes a la clientela de la financiera; por esa razón, muchos modelos de pólizas grupales del registro llevan en el nombre del producto el de la financiera comercializadora. Es una excelente práctica de producción de seguros que redundará en una mejor explotación conforme a plan, ya que la nota técnica puede servir de la segmentación de mercado hecha por el comercializador para su producto o servicio propios, y junto a un adecuado proceso de suscripción disminuir la siniestralidad adversa o la antiselección de riesgos. Entidades de seguros y de crédito consensuan, pues, un contrato normativo distinto del seguro de grupo y del de comercialización; a similitud de lo que se da con la firma de un convenio colectivo, en que sindicato y empresario acuerdan condiciones de trabajo que luego se plasman en las contrataciones del personal.

También en países como España se comercializan variantes de seguros de grupo en sentido impropio (Benito, 2014, p. 1137). Estamos ante una práctica comercial común, útil a los fines del aseguramiento en masa con abaratamiento de la prima, «por simplificación del proceso de contratación y de gestión» (Bataller, 2002, p. 974). Nuestra problemática radica en que al atribuirse la calidad de contratante a la financiera

comercializadora y registrarse el modelo, *per se*, como seguro de grupo en aplicación del artículo 18 b de RCS, el resto del condicionado atribuye a quien sería solo un comercializador y parte de un contrato normativo, todos los derechos que la LCS reconoce u otorga al contratante contraparte de la aseguradora obligado al pago de la prima (artículo 17 LCS), bajo cláusulas como la siguiente del último modelo de póliza citado¹⁵:

NOVENA: TITULAR DE ESTA PÓLIZA Todos los derechos, facultades, opciones y obligaciones conferidas bajo esta póliza y que no pertenecen a la Compañía, estarán reservados al Contratante, salvo que en las Condiciones Particulares o Generales se hubiere convenido lo contrario.

La anterior es una práctica contraria a la propuesta de los proyectos legislativos del derecho comparado, de reconocer a los asegurados del grupo cada vez más de los derechos tradicionalmente propios del contratante, ya sea por considerar a este último solo como un legitimado, cuando es el asegurado quien materialmente efectúa el pago de la prima, o por aplicación a este tipo de seguro de ciertas normas civiles sobre contratos a favor de tercero. Como veremos más adelante, nuestra reglamentación sí otorga a los asegurados del grupo algunos derechos de contratante, pero este desarrollo, aún insuficiente, no socava los inconvenientes de otorgar a la financiera comercializadora la calidad de contratante sin que tenga esta un real vínculo contractual de seguro. Frente a la realidad del registro y contratación de seguros de grupo impropios, creemos que no procede reafirmar la posición del comercializador como contratante a través de la aprobación administrativa de cláusulas generales que le otorguen los derechos del grupo asegurado, sino, más bien, reconocer más derechos a estos y regular procedimientos para su ejercicio¹⁶.

15 Véase el párr. 13 del epígrafe «3. La calidad de contratante en los seguros de grupo».

16 Así, cada asegurado tiene legitimidad procesal a partir de la causa próxima de que la negativa de pagar al banco acreedor hace que este cobre al asegurado (Abreo *et al.*, 2015, pp. 188-189).

2.4. Procedimiento de celebración de seguros de grupo. Un modelo de distribución de seguros individuales

2.4.1. Contratación de seguros de grupo no masivos. Naturaleza del formulario de solicitud de seguro

En los artículos 4 al 6 de la LCS, se regula un contrato de seguro consensual, y el *iter negocial* de formación de este contrato acoge la práctica de la solicitud de seguro no vinculante, que no obliga ni al tomador ni al asegurador. Este documento, que forma parte de la póliza (artículo 24.9 RGCMS), según el artículo 6 LCS debe firmarlo el contratante (futuro o potencial); entonces, su naturaleza es la de una invitación a ofrecer y no la de una oferta. Si bien pueden haber diferentes intenciones de contratar, propuestas e invitaciones a ofrecer, muchas verbales, lo cierto es que la oferta que da lugar a la formación del consentimiento, aquella declaración que será constitutiva del negocio contractual, necesariamente parte del asegurador porque, como indica García-Pita y Lastres (2017), si la oferta ha de ser plena y completa, solo el asegurador, como empresario que dispone de un nivel de información superior, puede emitirla; así lo presupone el legislador y es lógico:

habida cuenta de la complejidad del contenido de la relación de cobertura aseguradora; de su imbricación en la estructura mutua-lística de la empresa de seguros; de la minuciosidad de su clausulado, configurado en torno al empleo masivo de condiciones generales, y de la precisión de las cláusulas de delimitación del riesgo. Todo ello hace difícil que sea el tomador o asegurado el que pueda formular una propuesta de contrato de tales características. (pp. 170-171)

Los formularios —de solicitud de seguro y de declaración del riesgo— para que tomador y asegurado emitan sus manifestaciones de voluntad los debe proporcionar la aseguradora. Los artículos 5 y 6 de la LCS regulan los momentos en que se dan las iniciativas de aseguradora y tomador: el acto de proponer del asegurador manifestado en proporcionar el formulario de solicitud de seguro y la iniciativa del potencial contratante que lo suscribe convirtiendo su texto en su declaración de

voluntad «precisamente para solicitar del asegurador el tipo de cobertura que este le ha presentado». Por todo ello la naturaleza de la solicitud de seguro suscrita es la de una invitación a ofrecer (García-Pita, 2017, pp. 157-196)¹⁷. En el formulario de solicitud de la aseguradora hay entonces un acto preparatorio del contrato de proposición del seguro que, suscrito por el potencial tomador, se convierte en obligatorio de respuesta para esta, que tendrá quince días para «aceptar» o para «rechazar» tal solicitud (apartados 2.2 y 3 del artículo 24 RGCMS); lo cual no debe interpretarse como que la solicitud de seguros firmada es una oferta del potencial contratante, plena, que lo obliga como oferente, y que la aseguradora «acepta» o «rechaza». La proposición de seguro sí es obligatoria para la aseguradora, mas no la solicitud de seguro, que es acto propio del potencial tomador (Ruiz y Andreu, 2007, p. 888), cuya naturaleza es la de una *invitación a ofrecer*. En ese sentido, la aceptación o el rechazo de la solicitud por la aseguradora no son manifestaciones de voluntad destinadas a lograr o no aquel consentimiento que celebra o concluye el contrato consensual de seguro, sino que, a través de ellas, la aseguradora solo expresa su conformidad o negativa sobre la viabilidad de asegurar, con el producto propuesto en el formulario de solicitud, el riesgo presentado por el potencial contratante (García-Pita, 2017, p. 177). Aunque, con cierta imprecisión, el artículo 24.3 de la RGCMS corrobora esta finalidad de la aceptación de la solicitud de seguro al indicar:

Mediante la aceptación de la solicitud, la empresa da conformidad de las declaraciones efectuadas en la solicitud por el contratante o asegurado, en los términos estipulados por las empresas, en tanto el contratante o asegurado hubiesen proporcionado información veraz, por lo que no se puede considerar como causal de rechazo de siniestros aspectos sobre los que no se solicitó informar a los usuarios.

17 Indica García-Pita y Lastres (2017) que mientras en España mediante la proposición el asegurador ofrece un determinado seguro, en Perú la proposición sigue teniendo naturaleza de acto preparatorio, aunque a diferencia de la solicitud de seguro del tomador, por disposición del legislador peruano, la proposición sí tiene eficacia vinculante para el asegurador (pp. 157-196).

Si acepta la solicitud o demora más de quince días en rechazarla, la aseguradora debe enviar la póliza o el certificado (apartados 3 al 5 del artículo 24 de la RGCMS), lo que no supone la conclusión del contrato, sino que da paso al procedimiento de emisión de la real aceptación o rechazo de la oferta por parte del contratante (potencial), conforme al artículo 29 de la LCS. La póliza enviada está determinada no a instrumentalizar un consentimiento ya logrado, sino manifestaciones de oferta y aceptación *ad initio*. Así, para García-Pita y Lastres (2017) el que la póliza sea firmada por ambas partes denota que no solo se trata de un documento informativo o probatorio, sino que puede tener también contenido negocial (p. 193).

El artículo 6 de la LCS señala que la solicitud de seguro debe ser firmada por el contratante, y dado que este será la contraparte de la aseguradora en el futuro contrato de seguro, el artículo 5 de la LCS es pertinente al indicar que la suscripción de la solicitud no le obliga (en esta etapa previa). Según la definición acuñada por la SBS para el glosario de términos de su normativa, la solicitud de seguro es «constancia de la voluntad del contratante y/o asegurado, según corresponda, de contratar el seguro» (artículo 2 q RCS). Nótese que, para la SBS, de acuerdo con esta última definición, la solicitud de seguro es un documento destinado a contener la intención de contratar del «contratante y/o asegurado», a diferencia del artículo 6 de la LCS, según el cual la solicitud deberá ser firmada por el contratante (salvo en el caso de los contratos comercializados a distancia). La disposición del artículo 6 LCS resulta del todo lógica, ya que si la solicitud es invitación a ofrecer, el sujeto que invita solo puede ser aquel que va luego a aceptar lo ofrecido: el contratante (ya sea que vaya a contratar para sí o para otro). La salvedad hecha por el artículo 6 de la LCS a los supuestos de comercialización a distancia no apunta a que en esta modalidad la solicitud de seguro deba suscribirla alguien distinto del potencial contratante, sino que, debido a que la promoción y la comercialización se hace de modo no presencial, puede no existir ocasión de que se suscriba una solicitud de seguro. Además, la comercialización a distancia suele iniciarse con una oferta del asegurador. Desde la RGCMS (2019), la SBS exige que siempre se suscriba una solicitud de seguro, sin importar el tipo de modalidad de comercialización.

Pero, en nuestra opinión, esta última disposición es una medida regulatoria con la que se busca garantizar una adecuada declaración del riesgo en un espacio físico del formulario de solicitud (artículo 24.1 RGCMS), con la debida inclusión y conservación de los cuestionarios en que el asegurado cumpla con certeza su deber de declaración del riesgo (deber de respuesta).

Conforme a la LCS, el formulario de solicitud de seguro lo firmaría un asegurado contratante de un seguro por cuenta propia, y procede también que lo firme junto al contratante de un seguro por cuenta ajena cuando esté declarando el riesgo o autorizando otra manifestación ahí contenida, pero no, en este segundo caso, como manifestación de su intención de contratar. Por cada contrato de seguro hay una solicitud firmada por el contratante (artículos 5 y 6 LCS). Entonces, si la definición reglamentaria de solicitud de seguro antes mencionada (artículo 2 q RCS) hace referencia a la posibilidad de que esta sea firmada por contratante y asegurado —ambos como manifestación de su intención de contratar el seguro, e incluso hace referencia a la posibilidad de que la firme solo el asegurado—, es porque la SBS regula y autoriza la práctica de los seguros de grupo en sentido impropio, en que cada asegurado del colectivo suscribe una solicitud de seguro como manifestación de su intención de contratar el seguro¹⁸, existen, entonces, como veremos, tantos contratos de seguro individuales como solicitudes de seguro haya. Al revisar el registro de modelos de pólizas en los productos de seguro de grupo del ramo de desgravamen, se observa que los treinta y siete modelos identifican en sus condiciones generales a la entidad financiera como contratante; sin embargo, se tiene:

- En dieciocho de estos modelos el formulario de solicitud de seguro está previsto para ser firmado solo por el asegurado.
- En siete modelos este formulario contempla un espacio para la firma del «solicitante» o «firmante», quien solo puede ser el asegurado, a juzgar por el tipo de autorizaciones y declaraciones

18 Sin perjuicio de que, debido a la ya comentada naturaleza de invitación a ofrecer de la solicitud de seguro, no se esté ante una oferta ni ninguna otra manifestación de voluntad completa y plena.

que contienen. Ninguno de estos impone al contratante la obligación de pago de la prima.

- En cinco de los treinta y siete modelos el formulario de solicitud incluye espacios para las firmas de contratante y asegurado, pero la obligación de pago de la prima la asume cada asegurado, según el texto que suscribe de la solicitud y según las condiciones particulares; mientras que el contratante suscribe obligaciones de recaudación.
- En dos de los modelos la solicitud de seguro es firmada por el asegurado y el contratante, y este último aparece como presentando los formularios a la aseguradora en nombre y en representación de cada asegurado.
- Y dos de los treinta y siete modelos no tienen registrado el formulario de solicitud de seguros.

El que ninguno de los formularios de solicitud de los modelos de seguro grupal de desgravamen registrados esté dispuesto para ser firmado solo por el contratante, demuestra que la práctica en Perú es la de los seguros de grupo impropios, en que se suscriben tantas solicitudes de seguro como números de asegurados formen parte del grupo. Si bien el producto de desgravamen no es obligatorio para la aseguradora, que puede rechazar cubrir el riesgo usualmente declarado en la solicitud, cabe señalar que los textos de los formularios de solicitud analizados no son similares a los boletines de adhesión del derecho español, ni en ellos el contratante presenta a la aseguradora el riesgo del asegurado, sino que se trata de las invitaciones a ofrecer, reguladas con el nombre de «solicitud de seguro» por los artículos 5 y 6 de la LCS. Cabe anotar además que de los treinta y siete modelos de productos de desgravamen grupal analizados, los tres restantes, procedentes de una misma compañía, no tienen registrado el formulario de solicitud de seguro, sino uno denominado «solicitud de afiliación», dispuesto para ser firmado por el asegurado, y al que el texto de la póliza alude indistintamente como solicitud de seguro. Según estos tres modelos, la obligación de pago de la prima está a cargo del asegurado, y su forma de pago es a través de las oficinas del comercializador contratante (entidad prestataria). Tampoco estos tienen la naturaleza de boletines de adhesión, puesto que no incluyen como

información que deban contener, el número de póliza a la que se adherirían los asegurados que la firman; son pues, igualmente, formularios de solicitud de seguro dispuestos para ser suscritos únicamente por cada asegurado del grupo como invitación a ofrecer seguros individuales por cuenta propia.

En conclusión, cada asegurado firmante de estas solicitudes de seguro del registro es el contratante de su propio seguro individual. De modo que cuando la normativa de la SBS indica que la solicitud de seguro es «constancia de la voluntad del contratante y/o asegurado, según corresponda, de contratar el seguro» (artículo 2 q RCS), lo que regula es que esta será firmada por el contratante en los seguros individuales y por el asegurado en los llamados seguros de grupo, dando así origen a un tipo de seguro de grupo impropio. Si la SBS reconoce que el asegurado es el emisor de la voluntad de contratar los seguros de grupo impropios, resulta cuestionable la autorización administrativa de cláusulas generales que atribuyen todos los derechos del contratante a la entidad financiera comercializadora.

Finalmente, hay que señalar que según el artículo 8 RCS los seguros de grupo comercializados a través de las modalidades a que se refiere ese reglamento —que son todas, salvo la distribución a través de corredores— se sujetan a las disposiciones específicas que establezca la SBS. Sin embargo, por principio de jerarquía normativa esta disposición no puede excluir a los seguros de grupo de la aplicación de ninguno de los preceptos de la LCS, que en sus artículos 135 a 138 legislan un seguro de grupo en sentido propio y estricto, y en sus artículos 5 y 6 regulan la solicitud de seguro como una invitación a ofrecer del contratante.

2.4.2. La solicitud-certificado en la contratación de seguros de grupo masivos

Las normativas reglamentarias de la SBS introdujeron la figura de la solicitud-certificado que puede emplearse para seguros masivos de grupo. Los masivos son seguros estandarizados sin requisitos especiales de aseguramiento que necesite verificar la aseguradora previamente a ofertar (artículo 2.30 RGCMS). Según la definición de solicitud-certificado empleada en los glosarios de la normativa de la SBS, esta es

el «documento que recoge la información de la solicitud de seguro y certificado de seguro, y que es utilizado en los seguros de grupo o colectivos siempre que sean masivos» (artículo 2.33 RGCMS). Como expon-dremos, la RCS y la RGCMS han configurado la solicitud-certificado como documento destinado a recoger voluntades contractuales de ase-guramiento plenas y por ende vinculantes para quien la suscribe. Por lo que no nos encontramos ante un documento que surta simultánea o secuencialmente los efectos de la solicitud de seguros y los efectos del certificado de seguros, sino ante un documento que deberá contener la misma información que la norma exige que tenga cada uno de estos si se usan por separado (artículos 23 y 24 RGCMS). La solicitud-certificado no es, pues, una invitación a ofrecer y a la vez una constancia de aseguramiento, sino la aceptación de la proposición del asegurador contenida en el formulario que, proporcionado por sus promotores, sus trabajadores o sus comercializadores, en este caso sí tiene la naturaleza de oferta (plena y completa), ya que por referirse a un producto estandarizado no requiere verificación de requisitos de asegurabilidad. De modo que, luego de suscrita, la solicitud-certificado es el documento en que se ha logrado el consentimiento que concluye el contrato de seguro. Señala la RCS que las aseguradoras pueden ofrecer seguros masivos «en los cuales, para su contratación, solamente se requiere la suscripción de la solicitud de seguro individual por parte del contratante o la suscripción de la solicitud-certificado por el asegurado del seguro de grupo o colectivo» (artículo 6 RCS). La firma del asegurado en la solicitud-certificado es manifestación de voluntad que logra el consentimiento contractual.

Tampoco la solicitud-certificado ha sido diseñada por la SBS como el boletín de adhesión del derecho español, sino que estamos ante un documento constitutivo del contrato de seguro adecuado para la contra-tación de seguros masivos. Según el artículo 6 a RCS, la contratación de un seguro masivo se logra con la suscripción de la solicitud-certificado por el asegurado. Por ello, ante la oferta de la aseguradora con la entrega del formulario de solicitud-certificado es «suficiente la simple aceptación del asegurado para el consentimiento del seguro de grupo o colectivo», parafraseando los términos empleados por el regulador en la definición de seguro masivo empleada en los glosarios de la normativa del sector

(artículo 2.30 RGCMS). En el registro oficial de pólizas, veinticinco modelos de seguro grupal de desgravamen incluyen un formulario de solicitud-certificado, veinte de los cuales están dispuestos para ser firmados solo por el asegurado, cuatro incluyen un espacio para la firma del «solicitante» y uno no trae espacio para firma. Aunque estos últimos no identifican quién debe firmarlos, de su texto se colige que los cinco modelos corresponde que sean firmados por el asegurado. En conclusión, cuando el asegurado del denominado grupo suscribe una solicitud-certificado, contrata un seguro por cuenta propia individual masivo del que es tomador.

Luego de contratado el seguro, el ejemplar suscrito de la solicitud-certificado que queda en posesión del asegurado cumple un rol similar al del resumen (artículo 16.7 RGCMS), sin dejar de ser documento constitutivo, y no el rol de certificado que acredita la adhesión o incorporación del asegurado a un seguro de grupo previamente contratado por otro tomador distinto del asegurado y a favor de este. Como indica García-Pita y Lastres (2017), admitir la existencia de un documento constitutivo del contrato de seguro —como afirmamos es la solicitud-certificado— no es abdicar de la consensualidad del seguro, ya que esa es una cuestión que tiene que ver con la mayor o menor libertad de que dispongan los otorgantes, para servirse de otro cauce de expresión del consentimiento distinto del documento constitutivo (p. 195). De hecho, la contratación de seguros masivos a través de solicitud-certificado es opcional al empleo de solicitud y certificado como documentos separados.

No siempre la solicitud-certificado será documento constitutivo del contrato de seguro, a veces solo documentará un contrato ya consensuado previamente, colocado mediante sistemas de comercialización a distancia. En esta modalidad de comercialización no presencial, la aceptación de la promoción equivale al consentimiento contractual¹⁹, pero las aseguradoras a veces optan por enviar luego un formulario de

19 En el caso de comercialización de seguros masivos individuales o grupales a través de sistemas a distancia, una vez aceptada la oferta o promoción por el contratante y/o asegurado, según corresponda, el contrato queda consensuado y las aseguradoras obligadas en los términos en que efectuaron la oferta (artículo 24 RCS).

solicitud-certificado para solicitar la firma a su contraparte, evitando los costos de digitalización y/o custodia de la oferta, la aceptación y la declaración de riesgo emitidas por medios de comunicación a distancia. La solicitud-certificado es documento de literalidad semiplena, por ello el asegurado puede solicitar copia de la póliza completa con todas las condiciones que se han incorporado a su contrato (artículo 6 a *in fine* RCS).

3. DERECHOS DE LOS ASEGURADOS DEL GRUPO

Un inconveniente de los seguros de grupo es la indefinición de los derechos que corresponden a los asegurados (y beneficiarios) que, aunque no son los mismos que en un seguro individual, más aún si estos aportan al pago de la prima, las leyes de contrato de seguro no los delimitan. Según relata Benito Osma (2014), los proyectos de reforma de la Ley de Contrato de Seguro española de 2010, y de abril y junio de 2011, establecieron que «cuando en los seguros de grupo las primas sean pagadas por los asegurados, corresponderá a estos los derechos del tomador» (p. 1114).

El seguro de grupo es un contrato único que da origen a múltiples relaciones en que los sinalagmas entre la aseguradora y cada uno de los asegurados se dan con la declaración de abono o de alimento del contratante que deberá tener el consentimiento de cada asegurado, el cual puede ser tácito si existe un interés de estos en el aseguramiento (Sánchez, 2010b, pp. 2067-2071). Cada una de estas relaciones tiene una duración distinta y en gran parte independiente del contrato de seguro: pueden finalizar antes del vencimiento de la póliza y por causales distintas (siniestro, cese del vínculo laboral, etcétera). Puede producirse una separación de los efectos del contrato de seguro y los de cada una de estas relaciones, y el incumplimiento de ciertos deberes, como el de declaración del riesgo, solo afectaría en principio a determinada relación jurídica y no a la totalidad del contrato (Bataller, 2002, p. 977). Entonces, el incremento o el sinceramiento deseable ya anotado de los derechos de los asegurados del grupo, es respecto a las relaciones jurídicas aseguratorias que se establecen entre cada uno de estos con la aseguradora.

Encontramos una doble justificación para regular cada vez más derechos a favor de los asegurados del grupo. Primero, que el pago de la prima dependa no solo de la voluntad del empresario, sino también de cada uno de los asegurados. Así, Rodas Paredes (2017), sobre los seguros de grupo del ámbito laboral y de previsión, señala que no debe olvidarse que la principal y casi única obligación del contratante, pago de la prima, depende también de la voluntad del trabajador, por lo que cabe extender a este la calidad de tomador (p. 742). Un segundo argumento, que hace que ciertos derechos propios del tomador dependan también de la voluntad de los asegurados del grupo, es la consideración de este tipo de seguro como un contrato a favor de tercero²⁰, donde el contrato establece la relación contractual como de cobertura entre aseguradora y contratante único representante (gestor o *dominus negotii* del grupo), y serían varias las relaciones jurídicas asegurativas que como relación promitente-beneficiario establecería la aseguradora con cada uno de los del grupo, con la declaración de abono del contratante premunida del consentimiento del asegurado.

La normativa reglamentaria de la SBS, que regula y autoriza seguros de grupo impropios, ha ido reconociendo de modo aislado algunos derechos para los asegurados del colectivo aunque no les reconozca su calidad de tomadores de su propio seguro individual; así, por ejemplo, los artículos 20 d de la RCS y 33 de la RGCMS les reconocen el derecho a la devolución de la prima no consumida del seguro de desgravamen asociado si realizan un pago anticipado total de su crédito, de lo que debe informarles la financiera como comercializador. No obstante, reviste vigencia la común afirmación de la doctrina y jurisprudencia acerca de que la problemática de los seguros de grupo en operaciones crediticias está vinculada a la estructura jurídica particular de estas pólizas, que presentan a un tomador beneficiario e incluso, como vemos en el presente trabajo, a un tomador, beneficiario y comercializador, lo que ocasiona —como también se ha visto en España y en Francia— graves

20 Esta calificación deriva a su vez de su naturaleza como seguro por cuenta ajena (Sánchez, 2010b, p. 181). Para Rodas (2017, p. 747), el seguro de grupo es a favor de terceros puro y simple o de segundo grado.

distorsiones sobre los derechos de los asegurados a favor del prestamista y beneficiario del seguro (Benito, 2014, p. 1135; Rodas, 2017, p. 752). En los apartados siguientes, analizaremos dos situaciones de este tipo que entrarían en conflicto con los derechos de consumidor de seguros de los sujetos del grupo.

3.1. Facultad de resolución del contrato de seguro

La doctrina comparada española reflexionó sobre la facultad de resolución del tomador con ocasión de discernir a quién corresponden los derechos de rescate y reducción (también de anticipo) del seguro de grupo. Entonces, se señaló que el tomador no era un auténtico derechohabiente al ser contraparte de un contrato por cuenta propia y en beneficio de un tercero; que se trataba solamente de un legitimado contractual para el ejercicio de estos derechos, los que debía poner en práctica de conformidad con las disposiciones legales²¹ o las instrucciones recibidas. Desde el inicio se vio como problemática la posibilidad de que en el ejercicio de estas facultades el tomador actúe por cuenta propia sin atender los intereses de los asegurados. Otra limitación, identificada a la facultad de resolución del tomador, era la irrevocabilidad del beneficio ya aceptado por el tercero al suscribir el boletín de adhesión que dio nacimiento a la relación sinalagmática de seguro (Illescas, 1975, pp. 128-129); irrevocabilidad que en Perú se regula en el artículo 1464 del Código Civil.

En Perú, han sido las normas reglamentarias (artículos 21.3 y 34 RGCMS) que han extendido a los asegurados el derecho de resolución sin expresión de causa, que los artículos 50 y 51 de la LCS regulan como del contratante. Igual ocurre con el derecho de arrepentimiento que el artículo 41 de la LCS establece a favor del tomador, y el artículo 25 RGCMS extiende a los asegurados.

21 Así, por ejemplo, para los seguros de desgravamen con devolución la SBS ha establecido en la Resolución SBS n.º 1147-2021, de 16 de abril de 2021, y Oficios Múltiples n.º 33816-2022-SBS y n.º 12054-2023-SBS, de 15 de marzo de 2023, que las devoluciones con cargo a reserva matemática y rescates se dan a favor de los asegurados.

La posibilidad de poner fin al sinalagma sin afectar la relación contractual se observa en algunos modelos de pólizas del registro que, con diversas fórmulas, diferencian entre la resolución de la póliza como facultad del contratante que conlleva la finalización de todas las relaciones asegurativas, y la «resolución del certificado» como facultad del asegurado. Si estamos ante una financiera contratante de un seguro de grupo en sentido propio bajo el que contrató la cobertura de sus clientes, que la autorizaron o le solicitaron hacerlo previamente en pacto extraasegurativo²² (que no comercializa seguros en virtud del artículo 18 b RCS), nos parece que basta su calidad de legitimado contractual para resolver la póliza en ejercicio de sus facultades de contraparte. Sin perjuicio de que el asegurado pueda accionar contra ella por posibles daños por incumplimiento de los pactos extraasegurativos o por la falta de aviso de cese de la cobertura. No debe desconocerse la existencia de supuestos que permiten a la entidad financiera asegurar a su cartera de clientes con un real seguro de grupo, podría hacerlo en virtud de un pacto como el citado en el epígrafe 2.2.1 del presente trabajo. Pero este tipo de seguros son excepcionales, ya hemos referido que los modelos de pólizas inscritos como grupales en el registro oficial, correspondientes a los dos productos que analizamos, son seguros impropios conforme al artículo 18 b RCS y existe en estos una falta de legitimidad contractual de la financiera para resolver la póliza, ya que es un agente. Pero, además, para analizar la licitud de la resolución de estas pólizas por la entidad financiera, debemos tener en cuenta dos factores adicionales: la participación del asegurado en el proceso de elección del producto de seguros, y que es él quien asume el pago de la prima (de su propio seguro individual).

Si revisamos los modelos inscritos como pólizas grupales en el registro, de desgravamen y contra robo y hurto en protección de tarjeta, observamos que contienen cláusulas que otorgan al contratante —la entidad financiera comercializadora del artículo 18 b RCS— la facultad de resolver unilateralmente la póliza, lo que en la práctica del sector puede realizarse para «migrar de aseguradora», y ejerciendo una especie

22 Véase el párr. 3 del epígrafe 2.2.1.

de «propiedad de póliza» volver a asegurar al colectivo con otra aseguradora. Un supuesto similar se regula y permite en España, pero respecto de un seguro de grupo en sentido propio, ello posibilita que los empleadores que han instrumentalizado su compromiso de pensiones al contratar un seguro de grupo, puedan resolver la póliza a los exclusivos efectos de la integración de sus trabajadores en otra, o en un plan de previsión empresarial o de pensiones, y con el objeto de mantener la adecuada cobertura (apartado 2 c de la disposición adicional primera del Real Decreto 1/2002)²³. Es un supuesto diverso del de bancaseguros del artículo 18 b RCS en que la financiera no contrata ni asume la obligación de pago de la prima, y el seguro se celebra por decisión de cada asegurado de contratar con determinada aseguradora. El asegurado de un seguro de grupo para operaciones crediticias (como el desgravamen) y de uno optativo (como el de robo o protección de tarjeta), con su firma en la solicitud de seguro o solicitud-certificado elige la aseguradora, su contraparte con la que contrata. Cargar o debitar al asegurado una prima sin esta solicitud o sin una autorización como la ya citada²⁴ sería una infracción administrativa de las previstas en el artículo 56.1 b del Código peruano de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC), según el cual es método comercial coercitivo obligar al consumidor a efectuar pagos por productos o servicios que no ha requerido previamente.

Por otro lado, para los seguros que sean condición para la contratación de un producto crediticio —asociados—, la SBS ha establecido un procedimiento de protección de los derechos del usuario de servicios financieros que ha ido perfeccionando en el tiempo. Según este procedimiento, si una financiera ofrece seguros del mismo tipo de los que exige como asociados a sus productos propios, debe informar a su cliente que tiene el derecho a elegir el seguro que le ofrece o contratar otro fuera —con o sin intervención de corredor—, siempre que cumpla con las condiciones previamente informadas. Para garantizar la libertad del usuario de elegir otro seguro distinto del ofrecido, la Resolución SBS

23 Sobre las limitaciones a la facultad del tomador de resolver y disponer del rescate en el ámbito previsional laboral, véase Benito (2014, pp. 1127-1131).

24 Véase *supra* párr. 3 del epígrafe 2.2.1.

n.º 03748-2021 prohibió la práctica de cobro de comisiones por evaluación de pólizas contratadas fuera (distintas de las comercializadas por la financiera).

Tenemos, pues, que, en la actualidad, si un cliente de una entidad financiera forma parte además del colectivo de asegurados cubiertos por el seguro grupal que esta comercializó, integra tal grupo por su propia elección, no por aplicación de una cláusula de atadura del producto financiero y de seguros; pudo elegir contratar un producto alternativo o con otra aseguradora. En este sentido, el que la financiera en el rol de contratante (al amparo del artículo 18.b RCS) resuelva la póliza para asegurar al grupo bajo otro producto, constituye una sinrazón que vacía de sentido todo el procedimiento anterior de protección del derecho de elección del usuario de servicios financieros. Entonces, aún en el contexto de la propia reglamentación de la SBS, que considera a la entidad financiera comercializadora como contratante, resulta contradictoria la práctica de las migraciones de cartera. La financiera no puede juzgar unilateralmente que existe un producto mejor para el asegurado y, por ende, resolver la póliza para asegurar al colectivo con otro contrato de seguro, bajo riesgo también de echar por tierra todo el procedimiento de información previa del producto que la normativa de la SBS ha cuidado establecer a favor del asegurado tanto en la RCS como en la RGCMS. Si bien esta normativa señala que promocionar no equivale a asesorar (artículo 14 RCS), sí obliga a la aseguradora a entregar al comercializador un manual por cada producto de seguro, a capacitar a su personal en su operatividad y suministrarle material informativo sobre este, a fin de que durante la comercialización se brinde a los usuarios una adecuada información sobre las principales coberturas, beneficios y exclusiones del seguro promocionado, y establece responsabilidad administrativa de las entidades aseguradoras y financieras por el ofrecimiento del seguro en estricto cumplimiento de las instrucciones señaladas para cada producto (artículo 16 g RCS). Es también por este proceso de información previa a la elección del seguro por el cliente, que cabe afirmar que la financiera no puede luego sustituir el juicio de su usuario, quien quizá ha discernido tal o cual condición del producto como conveniente para él y determinante de su elección, o incluso puede haberlo elegido en función de su

experiencia personal con la aseguradora²⁵. Debería respetarse la elección informada realizada por los miembros del grupo. Nótese además que, a diferencia de un servicio notarial en que también el usuario financiero tiene derecho de elección, el seguro produce una relación duradera y estable entre aseguradora y asegurado, y este entrega una prestación actual (prima) por una futura (indemnización).

Difícilmente, en el contexto de la actual regulación de la SBS, de libre e informada elección del seguro por el usuario, la atribución del rol de contratante a la financiera (ex artículo 18 b RCS) habría contemplado facilitar toda práctica de migración, por lo que en nuestra opinión existe una laguna o falta de una reglamentación limitativa al respecto. Un criterio de respeto a la elección del asegurado inspira la norma que regula el supuesto análogo de cesiones de cartera entre aseguradoras (Resolución SBS n.º 8420-2014), que ordena que luego de obtener ambas la autorización para la cesión de determinado ramo, deben publicar en dos diarios un aviso a los asegurados con un plazo y un canal para oponerse a la cesión, y los que así lo hicieran continuarán asegurados con la aseguradora original hasta finalizar su seguro. En el derecho español, el artículo 141.4 del Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, que regula la distribución de seguros, proscribire una práctica similar, al prohibir que los agentes promuevan el cambio de aseguradora de la cartera de contratos por ellos distribuida.

Por otro lado, si la financiera no es realmente la contratante de un seguro grupal, estamos frente a una vulneración de los derechos de los asegurados como consumidores directos²⁶: falta de idoneidad que también sería infracción de la aseguradora que se desvincula de su obligación de cobertura a requerimiento de un sujeto sin legitimidad contractual.

25 Un criterio similar es mantenido por el Indecopi desde la Resolución n.º 0612-2004/TDC, en la cual señaló que solo el consumidor puede decidir los bienes o servicios que sirven mejor a sus preferencias, a un mayor nivel de bienestar y lo que le es más conveniente; ningún proveedor puede arrogarse tal facultad ni interpretar sin pacto previo su silencio como aceptación.

26 De conformidad con el artículo IV.1.1 del CPDC es consumidor directo el tomador que contrata como destinatario final la cobertura para sí (asegurado) o para su grupo familiar o social (Resoluciones n.º 1044-2013-SPC y n.º 0694-2018-SPC).

Frente a su cliente, la entidad financiera instrumentaliza el cambio de aseguradora siguiendo el procedimiento de modificación de gastos del producto financiero, previsto en los artículos 30 y 33 de la Resolución SBS n.º 3274-2017, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (RGCMF). Según este procedimiento, un cambio de aseguradora sería una sustitución y corresponde cursar aviso al cliente con cuarenta y cinco días de anticipación, y darle la opción de negarse a la modificación del gasto resolviendo el producto financiero²⁷. Luego analizaremos la calificación del seguro como gasto, ahora baste señalar que el tratamiento de las migraciones de cartera como una modificación de gasto, resultaría más bien en un incremento de la coerción sobre el cliente para que decida aceptar el cambio, y se configuraría una posible infracción del tipo método comercial coercitivo del artículo 56.1 a y b CPDC si el cambio no fuese necesario para la continuación del crédito, o una práctica abusiva del artículo 57 CPDC por ser un cambio no previsible para el usuario que contrató un seguro conforme a procedimientos que garantizaron su libre e informada elección.

3.2. Facultad de aprobar modificaciones en la póliza

Una cláusula de renovación automática causa la renovación del contrato de seguro en las mismas condiciones vigentes en el período anterior, y si el asegurador quiere incorporar modificaciones en estas condiciones, debe cursar aviso escrito al contratante cuarenta y cinco días antes del vencimiento del seguro, en el que detalle los cambios en caracteres destacados, para que este, en el plazo de los treinta días previos

27 Los artículos 30 y 33 de la RGCMF prevén que la modificación a un gasto puede operar siempre y cuando esté previamente acordada por las partes; normalmente será en una cláusula general que el cliente autorice las modificaciones unilaterales de la financiera. Si la modificación no trae una condición más favorable para los clientes o implica una sustitución o pérdida de condiciones, la financiera debe notificarles cuarenta y cinco días antes de entrar en vigencia, para que así sea posible dar por concluida la relación contractual respecto de la cual el seguro es gasto. Si implica condiciones más favorables o facilidades adicionales, solo se informa a los clientes los nuevos términos.

al vencimiento, manifieste su rechazo; en caso contrario, se entienden aceptados (artículo 7 LCS). Tratándose de un seguro de grupo, para que operen estos efectos que la LCS da al silencio, la notificación debe llegar al contratante único contraparte de la aseguradora (obligado al pago de la prima según el artículo 17 de la LCS). Teniendo en cuenta que, de tratarse de un seguro de grupo, estaremos frente normalmente a un gestor y no a un *dominus negotii*, es aconsejable que sus facultades estén pactadas con los integrantes del grupo asegurado.

El artículo 30 de la LCS, que regula la posibilidad de efectuar modificaciones en la póliza durante la vigencia del contrato, establece que el asegurador no puede modificar los términos contractuales pactados sin la aprobación previa y por escrito del contratante (en referencia al obligado al pago de la prima del artículo 17 LCS), que debió firmar la solicitud de seguro según el artículo 5 LCS, quien tiene derecho a analizar la propuesta de modificación por un plazo de treinta días antes de tomar una decisión; y ante su falta de aceptación (silencio o negativa expresa) la aseguradora debe respetar los términos en que el contrato fue acordado (García-Pita, 2017, p. 166). En este punto, la LCS peruana dispensa una protección mayor que la norma de protección al consumidor, al amparo de cuyo artículo 51 b CPDC sí cabe que un proveedor modifique unilateralmente el contrato en virtud de cláusula general que le facultó a ello, siempre que obedezca a los motivos expresados en la cláusula y conceda al consumidor el derecho a desvincularse del contrato sin penalización. En aplicación del principio de protección mínima del artículo V 6 CPDC, prima la protección dada por el artículo 30 de la LCS, que exige informar previamente al contratante de las modificaciones propuestas y concederle un plazo de reflexión, según el cual las modificaciones solo operarían con su consentimiento expreso.

Ninguno de los modelos inscritos en el registro como pólizas grupales conforme al artículo 18 b RCS, de los productos de desgravamen y contra robo y hurto en protección de tarjeta, otorgan a los asegurados del colectivo la facultad de aprobar modificaciones en el seguro ni con ocasión de la renovación (del «certificado») ni durante su vigencia, sino que solo establecen esa facultad respecto de la financiera comercializadora

definida como contratante. La mayoría de modelos cuenta con la siguiente cláusula en aplicación del artículo 11 de la RRP²⁸:

Modificación de las Condiciones Contractuales Durante la Vigencia:
La Compañía no puede modificar los términos y condiciones de la póliza durante su vigencia sin la aprobación previa y por escrito del Contratante, quien tiene derecho a analizar la propuesta y tomar una decisión en el plazo de 30 días desde que la misma le fue comunicada por la Compañía. La Compañía entregará la documentación suficiente al Contratante para que este ponga en conocimiento de los Asegurados, las modificaciones que se hayan incorporado. La falta de aceptación de los nuevos términos por parte del Contratante no genera la resolución del Contrato de Seguro y, tampoco, su modificación, manteniéndose los términos y condiciones en los que el Contrato de Seguro fue acordado.

Las entidades financieras recurren al procedimiento de modificación de gastos del producto financiero, con más frecuencia para comunicar modificaciones en la póliza que cambios de aseguradora. El artículo 17.3 de la RGCMF establece que «Procede el cobro de gastos por concepto de seguros, servicios notariales, tasación y registrales»; ejemplificación de donde se ha generalizado la afirmación de que el seguro es un gasto. Según la definición del artículo 16.2 de la RGCMF: «Los gastos son cargos en que incurren las empresas por servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas por los usuarios, que hayan sido previamente acordados y efectivamente prestados por terceros». Si nos ceñimos a esta definición, el seguro individual o grupal será gasto cuando la financiera lo hubiera contratado por cuenta e interés del cliente asegurado. No sería gasto, por ejemplo, el seguro endosado para constituir en beneficiario a la entidad acreedora del tomador asegurado, y cuya prima se pacta en consecuencia de que se adicione a las cuotas del cronograma del crédito o debite de un producto pasivo (artículo 27.1 a RGCMF). Para calificar el seguro como gasto no basta el pacto de

28 Artículo que permite a una aseguradora usar en sus pólizas cláusulas ya aprobadas por la SBS a otra compañía.

domiciliación del recibo de la prima, ni el de recaudación de primas que suscribe la aseguradora con su entidad financiera comercializadora, sino que es preciso que la entidad financiera sea la contratante, a fin de que «incurra», por lo menos por imputación jurídica, en la obligación de pago de la prima, sin perjuicio de que esta se incorpore a la tasa de costo efectivo anual (TCEA), en virtud del artículo 13.1 RGCMS, por trasladarse el gasto al usuario.

Por otro lado, el contratante de una póliza grupal, en sentido estricto, como gestor debe anteponer los intereses del asegurado a los suyos propios, porque su legitimidad para aprobar las modificaciones obedece a su posición como contratante en un seguro celebrado por cuenta e interés de los asegurados. Podría, entonces, hablarse de un cierto conflicto de intereses, cuando la modificación al contenido del seguro, tramitada como modificación de gasto, conlleva también incremento de la comisión de comercialización²⁹. Pero estamos ante una práctica indebida *ad initio*, ya que se trata de comercializadores, contratantes solo en virtud del artículo 18.b RCS, supuestos en que el seguro no sería gasto y, por tanto, resulta ineficaz la aprobación que estos hagan de las modificaciones propuestas por las aseguradoras, por estar ante seguros individuales y no de grupo.

Finalmente, cabe señalar que la eficacia de las modificaciones al contrato de seguro aprobadas por el contratante, para ser eficaces respecto de la relación asegurativa con cada asegurado del grupo, requeriría además de la renovación de los certificados si tales modificaciones alteran el contenido mínimo o actual de estos, en aplicación del artículo 137 de la LCS, que estipula que no serán oponibles a los asegurados los contenidos contractuales que no les hayan sido informados en el certificado.

29 En Perú, el banco comercializador muchas veces también recibe comisión de participación en beneficios. A esta se refería Illescas Ortiz (1975, pp. 124-125) como remuneración que el asegurador otorgaba al tomador, por haber contratado con él «tan productiva póliza». En la actualidad hay mayor fundamento de que la reciba el comercializador, pues su personal coadyuva al correcto proceso de suscripción, reducción de siniestralidad adversa y mejor resultado técnico.

4. PROTECCIÓN A LOS ASEGURADOS DERIVADA DE LA CALIDAD DE REPRESENTANTE DEL COMERCIALIZADOR

Desde la Resolución SBS n.º 510-2005, que aprobó disposiciones sobre comercialización de seguros relativas a canales de distribución —antecedente del RMCS y del RCS—, la SBS estableció que las comunicaciones y los pagos entregados por los asegurados al comercializador son eficaces para la aseguradora. En los posteriores reglamentos de comercialización, la SBS ha desarrollado esta disposición y reglamentado otros efectos jurídicos que a favor del asegurado se derivan de la calidad de representante de la aseguradora que tiene cualquier comercializador, incluidas las financieras que operan en bancaseguros.

El artículo 14 RCS estipula que las aseguradoras que deseen operar con comercializadores —incluidas entidades financieras— deben suscribir con estos un contrato de comercialización, y que es

a través de dicho contrato que los comercializadores adquieren la condición de representantes de las aseguradoras para promover, ofrecer y comercializar los productos de seguros, así como para realizar otras gestiones vinculadas al contrato de comercialización suscrito y cumplir las demás obligaciones previstas en este reglamento.

Además, la SBS exige que la aseguradora se obligue en el contrato de comercialización a reconocer eficacia a las comunicaciones de contratantes, asegurados y beneficiarios, así como a los pagos de prima entregados al comercializador, y que se obligue a considerarlos como recibidos o abonados en la misma fecha en que su comercializador los recibió (artículo 16, incisos a y c del RCS). En consecuencia, la aseguradora no puede rechazar siniestros por falta de pago cuando este se entregó al comercializador y, por la misma razón, el plazo de que dispone para evaluar la procedencia de la indemnización de un siniestro se inicia desde la entrega de la solicitud de cobertura al comercializador, y aunque este tarde en trasladarla o nunca se la envíe, pasado el plazo de sesenta días sin respuesta (ni suspensión por pedido de información), el siniestro quedará consentido. Es una regulación plausible, pues los

asegurados que son ante todo clientela del comercializador usualmente acudirán, para los trámites del seguro, al mismo lugar donde lo adquirieron.

La reglamentación también ha establecido que cuando se trata de seguros sujetos a evaluación o verificación de riesgos previa a la contratación, si la aseguradora decide no suscribir el contrato debe hacerlo de conocimiento del solicitante, directamente o a través del comercializador, en el término de quince días de recibida la solicitud de seguro, y esta disposición debe incorporarse como obligación en el contrato de comercialización (artículo 16 j del RCS). No basta comunicar el rechazo al comercializador, que es visto como representante de la aseguradora antes que como contratante, sino que la comunicación debe llegar a tiempo al potencial asegurado; en caso contrario, la aseguradora queda obligada a remitirle el certificado sin posibilidad ya de rechazar la cobertura del riesgo bajo el producto solicitado.

A la vista de estas disposiciones, es pertinente decir que, para la SBS, la financiera que opera en bancaseguros, antes que contratante, como establece el artículo 18 b del RCS, es representante de la aseguradora. Este rol es el que ha recibido un mayor desarrollo reglamentario y no el de contratante de los seguros de grupo impropios, rol que sí se desarrolla en las condiciones generales de las pólizas.

Las comunicaciones del asegurado y los pagos de este son recibidos por la financiera en su calidad de representante de la aseguradora (y no como reembolso de un pago de prima que debió hacer y quizá no ha realizado); por ello, la aseguradora no podrá oponer al asegurado suspensión de cobertura o resolución por no recibir los importes de prima ya entregados a su comercializador, ni tampoco oponerle comunicaciones de rechazo de la solicitud de seguro o de la cobertura de un siniestro en poder de su comercializador, pero no entregados al asegurado dentro del plazo legal. El volumen de este tipo de incidencias es alto, teniendo en cuenta que la custodia de la documentación precontractual se encarga al comercializador por el costo de digitalizarla, y es este quien tiene la data de contacto del asegurado cliente suyo, debido a lo cual lo más usual es que las comunicaciones se entreguen a los asegurados a través de la financiera de bancaseguros. Gracias a esta normativa, en Perú no son

frecuentes los procesos por responsabilidad civil extracontractual contra entidades financieras, sí lo son en países como Colombia, donde se inician para que estas resarzan los daños de la falta de cobertura de un siniestro respecto del cual recibieron o recaudaron el importe de la prima por parte de un cliente sin informarle que la cobertura de su riesgo había sido rechazada por la aseguradora (Tabares, 2018, pp. 78 y 87).

También la normativa de la SBS establece responsabilidad de la aseguradora por la información dada por el comercializador y por sus actos. Así, el RCS determina responsabilidad de tipo administrativo y contractual de la aseguradora por los actos de comercialización que se realicen en su representación con infracción de las normas establecidas y por los perjuicios causados a contratantes, asegurados y/o beneficiarios, a consecuencia de errores u omisiones, impericia o negligencia de su comercializador. En particular, las compañías de seguros son responsables de la explicación adecuada a los potenciales contratantes y/o asegurados de los alcances y las características de la cobertura del producto, de que se verifique que el cliente complete la solicitud o solicitud-certificado, y se brinde la información para la emisión de la póliza (artículo 4 RCS). Entonces, por ejemplo, la colocación de un seguro a un cliente que supera la edad máxima asegurable del producto, sin que la aseguradora haya rechazado la solicitud, deriva en una obligación para esta de otorgar la cobertura a causa de que también es responsable de este defecto de suscripción de su comercializador. La legislación peruana supera, en este punto, los deberes de explicación y asesoría al usuario sobre las condiciones de funcionamiento del seguro asociado al crédito, que en el derecho comparado se han impuesto a los bancos (Tabares, 2018, pp. 88-90), ya que la RCS les exige una adecuada explicación del producto en su rol de comercializadores y representantes de la aseguradora, y responsabiliza, por ende, a esta última de su cumplimiento.

En la comercialización por sistemas a distancia existe responsabilidad administrativa de entidades aseguradoras y financieras por el incumplimiento de las normas de la SBS que exigen la debida identificación del potencial contratante y/o asegurado, que la información proporcionada a estos sea veraz, comprensible, íntegra, transparente, con el contenido mínimo exigido por el artículo 23 RCS, y que la oferta, la

aceptación y las declaraciones se conserven íntegras en soportes adecuados que permitan su verificación y estén a disposición de los usuarios (artículo 20 b y capítulo IV de la RCS). Además, si el producto comercializado a distancia es un seguro masivo, el artículo 24 de la RCS indica que las aseguradoras se obligan en los términos en que se efectuó la oferta, que primará frente al contenido de la póliza, sin necesidad de que las discrepancias sean denunciadas.

Las ventajas de regular el rol de la entidad financiera como agente intermediaria nos cuestionan sobre la necesidad jurídica y/o operativa de atribuirle en el artículo 18 b de la RCS la calidad de contratante; afirmación que además no se verifica en la naturaleza de la documentación contractual regulada (solicitud de seguros y solicitud-certificado), ni tampoco en las obligaciones contractuales estipuladas para ella en las cláusulas generales de los modelos que aparecen en el registro, tal como hemos referido.

La intervención de la financiera tiene lugar antes del aseguramiento, según señalaba Sánchez Calero, consensuando con la aseguradora un contrato normativo en virtud del cual se diseña el seguro que esta va a ofrecer a sus clientes por su intermedio y también se estipulan los pactos para agruparlos con el fin de facilitar su contratación y su administración (Sánchez, 2010b, p. 2075). Pero esta intervención en la creación del producto no significa, como indica Tabares Cortés (2018), que la entidad financiera «deba asumir las obligaciones del adherente», puede actuar solo como intermediario en la celebración de los contratos de seguro; aunque el autor se pronuncia a favor de la tesis del banco como «corredor» (pp. 98-100), de la que la reglamentación peruana estaría distante cuando estipula que la obligación de información del comercializador «no involucra una función de asesoramiento de los potenciales contratantes o asegurados» (artículo 14 RCS); función de asesoramiento que, conforme al artículo 337 de la LGSF, es más propia de un corredor que de un agente de seguros.

Consideramos que resulta más beneficioso para el cliente de la financiera que esta actúe como agente que como corredor, ya que entonces, según indica el artículo 14 RCS, será representante de la aseguradora y sus actos vinculan y responsabilizan a esta compañía. Además,

la intervención del agente en bancaseguros no impide que el asegurado decida tener un corredor que lo asesore, y están prohibidas las prácticas de comercialización de las que resulte desconocer o restringir el derecho del asegurado a contar con el asesoramiento de un corredor en la contratación y/o servicios de gerencia de riesgos y/o siniestros (artículo 41.2 d de la LCS). Mientras el principal del agente es la aseguradora, el del corredor es el asegurado, por lo que los errores de este último no son, en modo alguno, responsabilidad de las aseguradoras.

Dada la obligatoriedad de celebrar un contrato de comercialización con un contenido mínimo que incluye servicios que se prestan durante la etapa de desarrollo de las relaciones asegurativas del producto colocado a través del comercializador —que sirven a la administración y gestión de la cartera, y considerando también el desarrollo reglamentario que la SBS ha hecho de la calidad de representante de la aseguradora que tiene el comercializador, que responsabiliza y vincula con sus actos a la compañía de seguros—, concluimos que no es indispensable que el comercializador ejerza la función de contratante para la adecuada gestión de la multiplicidad de seguros colocados a sus clientes. La bancaseguros peruana no presenta la necesidad operativa de que el contratante sea (o funcione) como uno distinto del grupo, que según Peñas Moyano (2017) se da para que la aseguradora no tenga que contactar con cada uno de los asegurados y no se diluyan en altos costos operativos los beneficios de la contratación conjunta (p. 318). Así pues, el artículo 16 RCS establece que, como parte de sus obligaciones del contrato de comercialización, la financiera presta servicios de recepción y envío de comunicaciones cursadas a la aseguradora y de reclamos sobre el seguro; servicios de control de pagos; funciones de atención de solicitudes de cobertura como dar aviso del siniestro de fallecimiento de un asegurado; recaudación de primas; información sobre el procedimiento de devolución de primas no devengadas y recepción y envío de las respectivas solicitudes de devolución; y servicios de custodia de documentación y/o información generada y/o recibida en la colocación del seguro; entre otros³⁰. En este

30 Incluir este tipo de obligaciones en el contrato de comercialización no lo desnaturaliza como agencia. Así, anota Quintáns-Eiras (2001) que son frecuentes los casos

sentido, por ejemplo, en la mayoría de los modelos de pólizas revisados se incluye una disposición conforme a la cual, luego de que el contratante (financiera comercializadora) haya aprobado la introducción de modificaciones en la póliza, la aseguradora le entregará documentación suficiente para comunicar las modificaciones efectuadas a los asegurados³¹. Igual procedimiento podría realizar la aseguradora para, a través de la financiera comercializadora y representante suya, comunicarse y recabar el consentimiento de cada uno de los asegurados (contratantes de su propio seguro individual), sin necesidad de que una norma atribuya al comercializador la calidad de contratante de un seguro de grupo en sentido impropio —como lo hace a la fecha el artículo 18 b RCS— para que se centralice la gestión.

5. CONCLUSIONES

- En Perú la operación de bancaseguros consistente en que la financiera como contratante de una póliza grupal comercializa entre sus clientes la cobertura contratada, es un modelo de distribución de seguros individuales y un supuesto de seguro de grupo impropio.
- La figura de la solicitud-certificado creada por la SBS para facilitar la contratación de seguros masivos no permite la celebración de verdaderos seguros de grupo. Al suscribir cada asegurado del colectivo una solicitud-certificado, celebra su propio seguro individual masivo por cuenta propia. Cuando para la colocación se emplean formularios de solicitud de seguro, estos son suscritos por cada asegurado como invitación a ofrecer su propio seguro individual por cuenta propia; de modo que cada asegurado es el obligado frente a la aseguradora al pago de la prima, que la entidad financiera recaudará en virtud de sus obligaciones contraídas en el contrato de comercialización.

en que el agente se obliga a prestaciones propias de otro tipo de contrato, con las cuales el agente se obliga a cooperar en la ejecución de los contratos celebrados (p. 167).

31 Así se observa en el siguiente modelo de póliza de seguro de desgravamen https://www.sbs.gob.pe/app/ss/cma_net/CMA/download.aspx?nom_documento=0020800069_src_r04.pdf

- El contrato de comercialización obligatorio que deben celebrar las aseguradoras con sus comercializadores tiene un contenido mínimo que incluye servicios poscolocación del producto y atribuye al comercializador la condición de representante de la aseguradora. Esta posición de la entidad financiera de representante ante los asegurados, en especial para la recaudación de primas, recepción y envío de comunicaciones, solicitudes y reclamos, relega la necesidad operativa de que la normativa le atribuya la calidad de contratante del seguro de grupo (sin correspondencia con una legitimidad contractual), a fin de lograr una adecuada gestión y administración de la multiplicidad de seguros colocados a sus clientes.
- El tratamiento del seguro como gasto no legitima a la entidad financiera contratante de seguros de grupo impropios, para sustituir a la aseguradora por otra o autorizar modificaciones en la póliza. La financiera carece de legitimidad contractual y es necesario, además, respetar la elección informada del asegurado de determinado producto de seguro y sus derechos como consumidor directo de este.
- Atribuir al comercializador la calidad de representante de la aseguradora, y responsabilizar y vincular a esta por los actos de su comercializador, deriva en una protección eficaz del asegurado que le evita la necesidad de recurrir judicialmente exigiendo responsabilidad a la financiera por errores en la comercialización que, en otras circunstancias, servirían a la aseguradora para excusarse de dar cobertura.

REFERENCIAS

- Abreo, H., Castellanos, G. y Nava, D. (2015). Legitimación en causa del asegurado en el contrato de seguro grupo deudores para reclamar a favor de la entidad financiera que se pague el saldo de la obligación. *Temas Socio-Jurídicos*, 34(68), 171-198. <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2258/1966>
- Bataller, J. (2002). Artículo 81. Seguro colectivo o de grupo. En J. Boquera, J. Bataller y J. Olavarría (coords.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (pp. 967-981). Tirant lo Blanch.

- Benitez, L. (1955). *Tratado de seguros* (vol. 3). Instituto Editorial Reus.
- Benito, F. (2014). El seguro de grupo: previsión y crédito. En J. Bataller y A. Veiga (eds.), *La protección del cliente en el mercado asegurador* (pp. 1109-1145). Thomson Reuters.
- Boldó, C. (1998). El seguro de amortización de préstamo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (71), 695-746.
- Ferrara, F. (1971). Contratti di agenzia camuffati. En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* (vol. 2, pp. 267-284). Tecnos.
- García-Pita, J. L. (2017). Forma y documentación del contrato de seguro. En M. Quintáns-Eiras y L. Ramírez (eds.), *Estudios sobre el contrato de seguro* (pp. 157-250). Instituto Pacífico.
- Illescas, R. (1975). *El seguro colectivo o de grupo*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación.
- Peña, F. (2001). Interpretación de los contratos. Contrato de seguro de vida de grupo. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (56), 669-682.
- Peñas, M. (2017). Seguro por cuenta ajena. En M.-R. Quintáns-Eiras y L. Ramírez (eds.), *Estudios sobre el contrato de seguro* (pp. 317-337). Instituto Pacífico.
- Quintáns, M. R. (2000). *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*. Edersa.
- Quintáns, M. R. (2001). *Las obligaciones fundamentales del agente*. Civitas.
- Rodas, P. (2017). Seguros de grupo. En M. R. Quintáns y L. Ramírez (eds.), *Estudios sobre el contrato de seguro* (pp. 731-754). Instituto Pacífico.
- Ruiz, M. y Andreu, M. (2007). El contrato de seguro con consumidores. En A. de León (dir.) y L. M. García (coord.), *Derecho de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (pp. 885-901). Tirant lo Blanch.
- Sánchez, F. (2010a). Artículo 7. Contratación por cuenta propia o ajena. En F. Sánchez (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones* (pp. 213-230). Aranzadi-Thomson Reuters.

- Sánchez, F. (2010b). Artículo 81. Seguros de Grupo. En F. Sánchez (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones* (pp. 2054-2103). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) (2022). *Productos de Seguros y Fianzas GOO que se ofrecen en el mercado peruano*. <https://www.sbs.gob.pe/supervisados-y-registros/empresas-supervisadas/informacion-sobre-supervisadas/sistema-de-seguros-supervisadas/productos-de-seguros-y-fianzas-goo-que-se-ofrecen-en-el-mercado-peruano>
- Tabares, F. (2018). Naturaleza jurídica del seguro de vida grupo deudores. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 27(48), 63-104. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris48.njsv>
- Tapia, A. (2006). El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión. *Revista Española de Seguros*, (126), 229-264.
- Tirado, F. J. y Sarti, M. A. (2007). *Ley de mediación en seguros y reaseguros privados. Comentarios a la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados* (4.ª ed.). Thomson Aranzadi.
- Tirado, J. (2010). Artículo 84. El beneficiario. En F. Sánchez (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones* (pp. 2054-2103). Thomson Reuters Aranzadi.
- Zapata-Flórez, J. (2022). El seguro de vida grupo deudores como un caso de contratación conexa. *Jurídicas*, 19(1), 209-222. <https://doi.org/10.17151/jurid.2022.19.1.12>
- Zegarra, A. (2017). Marco y principios interpretativos de la regulación y contratación de seguros privados. En M. Quintáns y L. Ramírez (eds.), *Estudios sobre el contrato de seguro* (pp. 27-111). Instituto Pacífico.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Expediente n.º SC-9618-2015. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil (27 de julio de 2015). [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/doctri2015/SC9618-2015%20\(1997-01799-01\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/doctri2015/SC9618-2015%20(1997-01799-01).doc)

Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. *Diario Oficial El Peruano* (6 de diciembre de 1996).

Ley n.º 29946, Ley de Contrato de Seguro. *Diario Oficial El Peruano* (26 de noviembre de 2012).

Oficio n.º 12054-2023-SBS (15 de marzo de 2023). https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/2262/v1.0/Adjuntos/12054-2023.O.pdf

Resolución n.º 0612-2004/TDC-INDECOPI. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (15 de octubre de 2004).

Resolución SBS n.º 510-2005, Establecen disposiciones aplicables a la comercialización de productos y SOAT por parte de empresas de seguros, referidas a los canales de distribución (25 de marzo de 2005). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H888788>

Resolución SBS n.º 2996 -2010, Reglamento Marco de Comercialización de Productos de Seguros (29 de marzo de 2010). https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/873/v1.0/Adjuntos/2996-2010.r.pdf

Resolución SBS n.º 3199-2013, Reglamento de Transparencia de Información y Contratación de Seguros (26 de mayo de 2013).

Resolución SBS n.º 1813-2014 (20 de marzo de 2014). <https://www.sbs.gob.pe/app/pp/consulta-contrato-sbs/Handlers/FileHandler.ashx?idArchivo=3423>

Resolución SBS n.º 8420-2014, Reglamento de Cesión de Cartera de Pólizas de Seguros (19 de diciembre de 2014). https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/1510/v1.0/Adjuntos/8420-2014.r.pdf

Resolución SBS n.º 1121-2017, que aprueba el Reglamento de Comercialización de Seguros (18 de marzo de 2017). https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/1715/v1.0/Adjuntos/1121-2017.R.pdf

Resolución SBS n.º 3274-2017, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (21 de agosto de 2017). https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/Auto_Nuevas_Empresas/Sistema_Financiero/7.%20Reg.%20de%20Gesti%C3%B3n%20de%20Conducta%20de%20Mercado_%20Res.%20SBS%20N%C2%B0%203274-2017.pdf

Resolución SBS n.º 4143-2019, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema de Seguros (12 de septiembre de 2019). https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/Auto_Nuevas_Empresas/Sistema_seguros/5.%20Reg.%20de%20Gesti%C3%B3n%20de%20Conducta%20de%20Mercado_Res.%20SBS%20N%C2%B0%204143-2019.pdf

Resolución SBS n.º 03150-2020 (16 de diciembre de 2020). https://www.sbs.gob.pe/app/ss/cma_net/CMA/download.aspx?nom_documento=0020800008_cm_r07.pdf

Resolución SBS n.º 03597-2021 (26 de noviembre de 2021). https://www.sbs.gob.pe/app/ss/cma_net/CMA/download.aspx?nom_documento=0020400006_cm_r06.pdf

Resolución SBS n.º 03748-2021, Reglamento de Comisiones y Gastos del Sistema Financiero (15 de diciembre de 2021). https://intranet2.sbs.gob.pe/dv_int_cn/2138/v2.0/Adjuntos/3748-2021.R.pdf

Resolución SBS n.º 01943-2022 (15 de junio de 2022). https://www.sbs.gob.pe/app/ss/cma_net/CMA/download.aspx?nom_documento=020000077_cm_r05.pdf

Resolución SBS n.º 00416-2023 (7 de febrero de 2023). https://www.sbs.gob.pe/app/ss/cma_net/CMA/download.aspx?nom_documento=020000228_cm_r03.pdf

Financiamiento

Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto interno de investigación 2022, financiado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Conflicto de intereses

La autora declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación, redacción y aprobación de la versión final.

Biografía de la autora

Profesora de la Universidad del Pacífico. Es autora de *Grupos de entidades aseguradoras* (2011); «Reflexiones sobre el marco normativo de protección del consumidor de seguros, en la jurisprudencia judicial y administrativa», en *Derecho y empresa en el Perú contemporáneo* (2024); «Algunas reflexiones acerca de los grupos de sociedades en el proyecto de ley de Supervisión de Seguros», en *Supervisión en seguros. Hacia Solvencia II* (2013); «Los grupos de sociedades en el corretaje de seguros», en *Estudios sobre mediación de seguros privados* (2013); «Los métodos comerciales coercitivos. Especial referencia al recupero de lo cobrado con el llenado abusivo de títulos valores», en *Actualidad Jurídica* (2012), tomo 218; «El conocimiento de embarque como título valor en el derecho español (con referencias al ordenamiento peruano)», en *Estudios de derecho marítimo* (2012).

Correspondencia

LC.Ramirezo@up.edu.pe

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE HISTORIA DE LA CONSOLIDACIÓN DE LA REPÚBLICA EN LATINOAMÉRICA



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024

ISSN: 2663-9130 (En línea)



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 347-370

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.937

El derecho internacional y su rol en la consolidación de la República del Perú

International law and its role in the consolidation of the
Republic of Peru

O direito internacional e seu papel na consolidação da
República do Peru

GIAN PIERRE CAMPOS MAZA
Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: gcampos@rree.gob.pe
<https://orcid.org/0009-0008-8630-596X>

LUCIANA CUMPA GARCÍA NARANJO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: luciana.cumpa@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1845-062X>

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo identificar el derecho internacional público como instrumento para el diseño, la conducción y el seguimiento de las acciones de impacto internacional de la naciente república peruana. Para este fin se iniciará con la definición de las principales categorías objeto de estudio, tales como derecho internacional, política exterior, objetivos nacionales, entre otros. Seguidamente, se procederá a analizar una serie de hechos históricos clave, como la ruptura con España (desde la declaratoria de independencia y su valor jurídico, hasta

el «Tratado de Paz y Amistad» de 1879); el proceso de delimitación fronteriza y su valor para la protección del territorio nacional; y, finalmente, la generación de alianzas económicas mediante la suscripción de tratados comerciales que mantuvieron y ampliaron la proyección internacional peruana en aras de lograr el reconocimiento como Estado independiente frente a la comunidad internacional. Mediante este examen se denotará el rol que jugó la aplicación del derecho internacional público por parte de los actores y los decisores políticos y militares para lograr los objetivos planteados para consolidar la nueva república peruana.

Palabras clave: derecho internacional público; política exterior del Perú; intereses nacionales del Perú; independencia del Perú; historia del derecho.

Términos de indización: derecho internacional; política exterior; Perú; república; historia latinoamericana (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The objective of this paper is to identify the public international law as an instrument for the design, conduct and monitoring of actions with international impact of the nascent Peruvian republic. For this purpose, it will begin with the definition of the main categories under study such as international law, foreign policy, national objectives, among others. Next, a series of key historical events will be analyzed, such as: the break with Spain (from the declaration of independence and its legal value, to the “Treaty of Peace and Friendship” of 1879); the border delimitation process and its value for the protection of the national territory; and finally, the generation of economic alliances through the signing of commercial treaties that maintained and expanded Peru’s international projection in order to achieve recognition as an independent State in the international community. Through this examination, the role played by the application of public international law by political and military actors and decision-makers in achieving the objectives set to consolidate the new Peruvian republic will be highlighted.

Key words: public international law; foreign policy of Peru; national interests of Peru; independence of Peru; law history.

Indexing terms: international law; foreign policy; Peru; republic; Latin American history (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo deste trabalho é identificar o direito internacional público como instrumento para a concepção, condução e monitoramento de ações de impacto internacional da nascente república peruana. Para tanto, começará pela definição das principais categorias em estudo como direito internacional, política externa, objetivos nacionais, entre outras. A seguir, será analisada uma série de acontecimentos históricos importantes, como: a ruptura com Espanha (desde a declaração de independência e o seu valor jurídico, até à “Tratado de Paz e Amizade” de 1879); o processo de delimitação de fronteiras e o seu valor para a proteção do território nacional; e finalmente, a geração de alianças econômicas através da assinatura de tratados comerciais que mantiveram e ampliaram a projeção internacional do Peru para alcançar o reconhecimento como Estado independente na comunidade internacional. Através deste exame, será destacado o papel desempenhado pela aplicação do direito internacional público pelos atores e tomadores de decisão políticos e militares na consecução dos objetivos definidos para a consolidação da nova república peruana.

Palavras-chave: direito internacional público; política externa do Peru; interesses nacionais do Peru; independência do Peru; história do direito.

Termos de indexação: direito internacional; política externa; Peru; república; história latino-americana (Source: Unesco Thesaurus).

Recibido: 25/2/2024

Revisado: 27/2/2024

Aceptado: 9/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

El tema del trabajo está referido a la utilización del derecho internacional público en tiempos de transición a la república por parte de las autoridades políticas y militares del Perú a fin de alcanzar lo que se consideraban los primeros objetivos nacionales.

Al respecto, se encuentra variada bibliografía relacionada con la historia del nacimiento de la república, las estrategias diplomáticas aplicadas y la institucionalización de la política exterior nacional.

El objetivo de este artículo es demostrar la importancia que tuvo el derecho internacional para el logro de los objetivos independentistas y republicanos en los primeros años de fundación de la nación peruana. La justificación de esta investigación se basa en la necesidad de evidenciar que el cumplimiento y la defensa del derecho internacional ha sido una constante permanente en la política internacional del Perú, desde el inicio de la república hasta nuestros días.

Para este fin, iniciaremos con una descripción de las principales categorías que utilizaremos a lo largo del trabajo. Seguidamente contextualizaremos los intereses y los primeros objetivos de la política exterior peruana en la etapa inicial de la república. Finalmente, y para demostrar nuestra hipótesis, haremos mención de una serie de momentos clave de la historia de la naciente república peruana en los cuales se evidenció la aplicación del derecho internacional por parte de la diplomacia peruana para el alcance de sus objetivos independentistas.

2. LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA NACIENTE REPÚBLICA

2.1. Conceptos iniciales

De manera general, la política exterior es entendida como un conjunto de formulaciones y acciones que inciden o están dirigidas al sistema internacional (San Martín, 1987, p. 22). Carlos García Bedoya (1992) explicaba que

un Estado suele trazar determinados propósitos a ser alcanzados en el ámbito externo. Es decir, señala sus objetivos y los procedimientos mediante los cuales cree que puede alcanzarlos. Ese esquema esencial —que implica una decisión propia del Estado y la determinación de sus alcances— constituye la política exterior propiamente dicha. (p. 68)

Por tanto, el diseño y la gestión de la política exterior de un Estado supone una labor que va más allá de la simple interpretación de sucesos del ámbito internacional. Hoy, las relaciones internacionales, consolidada como disciplina científica, implica el análisis de determinadas variables, así como métodos propios de las ciencias sociales.

Aquellas variables tienen que ver con las características y los requerimientos de un Estado en un determinado momento histórico y son susceptibles de cambio. Es por ese motivo que se puede afirmar también que la política exterior es el reflejo de la política interna. Los gobiernos y los Estados buscan una sintonía vital entre sus realidades internas y la proyección de su imagen y su gestión externa (Maúrtua, 1995, p. 25). La lectura orientada de esas realidades es la que permitirá una política exterior efectiva en función de sus intereses nacionales.

En síntesis, como indica Javier Pérez de Cuéllar, la política exterior es aquella que contempla «el conjunto de posiciones y acciones que adopta un Estado en su relación con otros Estados o en el seno de organismos internacionales con la finalidad de preservar su seguridad, sus intereses e influencia» (Pérez de Cuéllar, 1997, p. 13). En tal sentido, busca alcanzar los objetivos nacionales que son la concreción de sus intereses, vale decir, las aspiraciones colectivas de un país en torno a determinados aspectos de la vida social, económica o política.

Los intereses nacionales están influidos por el devenir histórico del país, la ubicación geográfica de su territorio, los valores compartidos, los lazos éticos y lingüísticos, entre otros (Buller, 2023, p. 140). En esa lógica, un interés nacional puede satisfacerse a través del logro de uno o varios objetivos nacionales, los cuales, a su vez, son incorporados en las políticas de Estado que contienen estrategias para hacerlos posibles.

Por lo anterior, y para fines de esta investigación, nos preguntamos cuál fue el rol que cumplió el derecho internacional en la adopción de la incipiente política exterior de la nueva república peruana.

Por lo tanto, es oportuno ofrecer un concepto general del derecho internacional público, entendido tradicionalmente como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados. A la fecha, esta definición estatocéntrica ha sido superada debido a que el actual derecho internacional contempla dentro de la categoría de sujeto de derecho internacional a otras entidades como las organizaciones internacionales y los individuos. La principal consecuencia de esta evolución es el desarrollo de nuevas áreas jurídicas como el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, las obligaciones derivadas del derecho internacional constituyen una variable a ser tomada en cuenta al momento de la determinación de la política exterior de un Estado.

2.2. La política exterior de los albores de la república peruana

La joven república peruana se encontraba frente a un orden internacional de carácter europeo cuyos imperios estaban sufriendo un debilitamiento por la ola independentista. Sin embargo, eso no significó una eliminación o un cambio fundamental en las estructuras de poder internacional, por lo que los nuevos Estados americanos no impugnaron el derecho internacional vigente, sino que, por el contrario, se insertaron en el orden jurídico global y lo aplicaron para sus propios intereses (Carrillo, 1991, p. 38).

Esta corriente independentista con el tiempo contribuyó a la creación de principios —hoy básicos del derecho internacional— como el de independencia (o el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos) e igualdad jurídica (Ulloa, 1959, p. 72). Asimismo, fue el fundamento de otros postulados generales jurídicos como la legitimidad democrática y la efectividad como criterio del reconocimiento de Estados y gobiernos (Truyol y Serra, 1998, p. 107).

En consecuencia, una primera cuestión que debemos resolver es si existía o no una política exterior en la etapa de transición a la república peruana. En efecto, como señalaba acertadamente Fernández Puyó (1994), el aislamiento de un Estado es antinatural y materialmente

imposible. De hecho, lo que define la existencia de una política exterior es la coherencia y la continuidad de las actitudes del Estado —obviamente en el campo externo—, ya que no consiste en una simple sucesión o yuxtaposición de actitudes inconexas. Un país que obrara en cada caso con total prescindencia de la conducta que sigue en otras situaciones, podría tener relaciones internacionales, pero en el sentido estricto del término no tendría política exterior (pp. 49-50).

Tomando en cuenta los criterios de Fernández Puyó, podemos afirmar que —a pesar del conflictivo e inestable contexto de inicios del siglo XIX— sí existió una política exterior. Evidencia de este enunciado son las diferentes acciones y estrategias emprendidas por el Estado peruano que describiremos más adelante y de las cuales, al observarlas en conjunto, se desprenden como primeros objetivos nacionales los siguientes: (a) el reconocimiento internacional como nuevo Estado independiente; y (b) la sostenibilidad económica para el nuevo proyecto nacional.

En esa línea, el derecho internacional fue aplicado por la diplomacia peruana para el logro de los objetivos nacionales. De esta conclusión podemos afirmar también que la aplicación y el respeto del derecho internacional ha devenido en una política de Estado constante que ha trascendido los siglos. Prueba de ello es la afirmación del *Libro Blanco de la Defensa Nacional*, que a la letra expresa:

El Perú tiene como política de Estado el estricto respeto al derecho internacional, la igualdad jurídica y soberana de los Estados; el principio de la no-injerencia y la no intervención en los asuntos internos de otros países; la libre determinación de los pueblos, el fiel cumplimiento de los tratados, la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza. (Ministerio de Defensa, 2006, p. 61)

Con la misma coherencia, la sexta política denominada «Política Exterior para la Paz, la Democracia, el Desarrollo y la Integración», del primer objetivo sobre democracia y Estado de derecho del Acuerdo Nacional ha dispuesto que «Consolidaremos la firme adhesión del Perú a las normas y principios del Derecho Internacional» (Foro del Acuerdo Nacional, 2002, p. 2).

Vale decir entonces que las primeras acciones de proyección externa que desplegó la república peruana constituyeron una política exterior cuyos principios han permanecido hasta el bicentenario de su fundación.

3. LA DINÁMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO PERUANO

En este apartado haremos un recuento de episodios clave que la república enfrentó a fin de consolidarse institucionalmente y en los que se evidencia la aplicación del derecho internacional como parte de las estrategias de la diplomacia peruana.

3.1. La ruptura con España

3.1.1. La declaratoria de independencia y la creación del Ministerio de Relaciones Exteriores

Las famosas palabras de San Martín: «desde estos momentos el Perú es libre e independiente, por la voluntad general de los pueblos y por la justicia de su causa que Dios defiende» expresaban una significación y un contenido objetivo vinculado a la voluntad de liberar al pueblo peruano de España y de toda dominación extranjera. Si bien hubo una independencia relativa a la antigua metrópoli, surgieron inmediatamente más poderosos —aunque menos visibles— lazos de subordinación política, económica y cultural (Llosa, 1975, p. 42). La realidad contradecía el discurso, pues si bien ya no se encontraba un dominio español —dado que el virrey La Serna se había retirado hacia la sierra sur y el Alto Perú (hoy Bolivia)—, tampoco se podía afirmar que existía una administración peruana independiente. Resultaba urgente organizar al nuevo Estado. En consecuencia, la creación del Ministerio de Relaciones Exteriores, como el primero de la nación el 3 de agosto de 1821, tuvo una intención clara: lograr el reconocimiento internacional del nuevo país (Espinoza, 2023, pp. 44-45).

Es oportuno evocar en este apartado las doctrinas de reconocimiento de Estados. Por un lado, la doctrina constitutiva sostiene que la existencia de un Estado depende de la manifestación que reciba por

parte de otros a fin de reconocerlo como tal; por otro, se encuentra la doctrina declarativa, basada en que la cualidad de Estado es indistinta al reconocimiento que reciba de otros, dado que lo prevalente es la actuación de los tres elementos que lo conforman: territorio, población y soberanía (Seara, 2009, p. 103). En esa tesitura, era lógico que los Estados europeos se inclinaran por la doctrina constitutiva del reconocimiento de Estados, mientras que las naciones americanas propugnaran la validez de la segunda de estas posiciones. En consecuencia, la proclama citada al inicio resultaba insuficiente si no se lograba la institucionalización pronta de la república.

3.1.2. La Capitulación de Ayacucho

La batalla de Ayacucho constituye un acontecimiento histórico no solo para el Perú, sino para toda la región latinoamericana. En efecto, para una mayoría de historiadores, la vida independiente nacional comenzó el 9 de diciembre de 1824 con la victoria de las tropas independentistas frente a las huestes realistas lideradas por el virrey José de La Serna.

El hito que constituyó el inicio de la vida republicana fue un tratado internacional conocido como la Capitulación de Ayacucho. Este acuerdo contó con disposiciones orientadas a determinar la relación con España, pero hizo complejo el reconocimiento futuro como Estado independiente que buscaba el Perú debido a las concesiones que se brindaron a las exigencias de la corona española, en especial, las relacionadas con la deuda que se contrajo con motivo de la independencia (Chávez, 2023, p. 25).

3.1.3. El reconocimiento como Estado independiente

Como ya hemos manifestado, el primer objetivo nacional consistía en lograr el reconocimiento internacional como Estado independiente. Este acto cobraba vital importancia si provenía desde la metrópoli que ejerció dominio sobre el Perú, motivo por el que su obtención tuvo una prioridad especial mediante el envío de misiones diplomáticas a Europa (Buller, 2023, p. 150).

Desde 1840 y durante los veinticinco años posteriores, el Perú envió distintos funcionarios de índole diplomática a España con el fin de recibir el *regio exequátur*, es decir, la autorización del Estado receptor para el ejercicio de sus funciones. No obstante, dicha gestión resultó obstaculizada por la negativa española basada en que la reina Isabel II de España no había «declarado la independencia» del Perú. Personalidades como Plácido Muñoz, Valentín de Zufiría, Mariano Moreyra, Joaquín de Osma y Ramírez y Arellano, y Pedro Gálvez arribaron a la península con la misma misión sin lograr el éxito esperado.

El 27 de enero de 1865, luego de la toma de las islas de Chíncha por parte de una flota española y amenazas de bombardeos al puerto del Callao, el presidente de la República, general Juan Antonio Pezet, decidió la suscripción del tratado conocido como Vivanco-Pareja, el cual nunca fue ratificado por el Congreso como lo disponía la Constitución de 1860 para su entrada en vigor. A pesar de lo anterior, el entonces ministro de Relaciones Exteriores del Perú, Pedro José Calderón, en cumplimiento del tratado, nombró como representante diplomático a Domingo Valle Riestra y le encomendó la misión de negociar el «Tratado de paz, amistad, navegación, y comercio» (Chávez, 2023, pp. 30-31).

Valle Riestra fue el primer agente diplomático que pudo presentar sus cartas credenciales y ser recibido oficialmente por la reina de España, lo que constituyó un indubitable gesto de reconocimiento de la independencia del Perú.

Luego del combate de 2 de mayo de 1866, derrotada la expedición española y producido el armisticio de 1871, las relaciones entre el Perú y España lograron una gran evolución, por lo que, años más tarde, suscribieron el Tratado de Paz y Amistad en 1879. El acuerdo fue ratificado por el Congreso nacional el mismo año y resulta ser un instrumento relevante debido a que fue el primer tratado perfeccionado entre ambos países.

A diferencia de otros Estados latinoamericanos, el acuerdo no incorporó cláusula alguna de reconocimiento de la independencia, puesto que la recepción oficial y la aceptación de las cartas credenciales de Domingo Valle Riestra por la reina Isabel II en 1865 constituyeron el referido reconocimiento (Chávez, 2023, p. 34).

3.2. La república bajo ataque y en defensa del espacio nacional

Durante el mismo período en el que se ponía fin a todo tipo de presencia político-militar española con afanes restauradores en el Perú (1821-1866), la nueva república pasaría por un momento de inestabilidad política a nivel interno (guerras civiles, caudillos militares, crisis económica, etc.) que coincidió en el plano externo con el surgimiento de disputas vecinales debido a la falta de definición de límites territoriales.

El origen de dichos conflictos puede entenderse si tomamos en cuenta que un elemento esencial para la configuración del Estado-nación, en el sentido de la Paz de Westfalia (1648), era contar con una base territorial, que en función de la riqueza de sus recursos naturales hiciera posible la viabilidad económica de un país. Esto explica que los Estados busquen, como parte de su política exterior, ampliar el espacio físico de sus dominios sobre la tierra y el mar, y que se genere aquello que García Bedoya (1980, p. 22) denominaba como «fenómeno internacional» resultante del encuentro y la colisión de intereses estatales distintos dando lugar a dos posibles escenarios: el conflicto o la cooperación.

En el caso de las nuevas naciones americanas, el fenómeno internacional casi unánime fue el litigio de fronteras (Ulloa, 1959, p. 83), y si bien, como señala Casalino (2022, p. 12), hubo ocasiones de entendimiento, la guerra fue vista como el medio para buscar una solución a dichas disputas por límites internacionales. En un sentido similar, Rodríguez Cuadros (2007, p. 23) afirma que «en el siglo XIX la política internacional estaba determinada por la posibilidad de la guerra, que era una posibilidad siempre latente» y añade que «la guerra tenía un estatuto de legalidad». Actualmente, esta perspectiva ha sido superada por una opción que busca la solución de diferendos a través de medios pacíficos al amparo de la Carta de la Naciones Unidas, entre otros instrumentos del derecho internacional moderno que prohíben la guerra.

El derecho internacional de la época, de origen europeo, tuvo una importancia inicial para asegurar el componente territorial de los países americanos que se fundó en los principios de *uti possidetis* y libre determinación de los pueblos. Como señala Víctor Andrés Belaúnde (1981), las naciones americanas tenían como origen no solo factores geográficos e históricos, «sino fundamentos jurídicos» (p. 38). Los dos preceptos

mencionados, convertidos en normas jurídicas internacionales, prevalecieron durante la independencia. Sin embargo, el referido derecho internacional tuvo una aplicación limitada para la regulación de la interacción entre los Estados americanos. No tendría la capacidad para evitar las confrontaciones que tuvieron lugar, pero sí para justificar las iniciativas conjuntas de cooperación en la región.

Nuestro país en el siglo XIX no contaba con fronteras acordadas formalmente con las otras repúblicas que surgieron a su alrededor. En estas circunstancias, en opinión de Boza (2019), «el riesgo principal consistía en que la acción concertada de los vecinos debilitase de manera significativa la capacidad real del Perú» (p. 62). Esta realidad ocasionó que durante muchos años la política exterior de nuestro país estuviera comprometida con asegurar el respeto a las posesiones territoriales con las que contaba al inicio de la República, y para ello era esencial el cierre de sus límites internacionales.

La herramienta para la defensa de los títulos jurídicos sobre su territorio fue el derecho internacional. A este empleo de las normas internacionales, Wagner de Reyna (1981, p. 26) lo llamó «la acción jurídica» como medio para garantizar la presencia internacional del Perú, cuya ejecución recayó en los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores. Alberto Ulloa (1959) describió esta labor de la siguiente manera:

Los talentos de muchos de los hombres más eminentes en el campo jurídico; y continuos y costosos esfuerzos de investigación histórica para descubrir, demostrar y mejorar la eficiencia de los títulos, fueron consagrados a ese fin, que era sustancialmente un fin de Derecho. (p. 84)

Con un criterio similar, José María de Pando (1827), quien fue ministro de Relaciones Exteriores del Perú en varias ocasiones desde 1826, reconociendo la relevancia de esta tarea, sostuvo en dicho período: «fijar con la mayor exactitud que sea posible los términos o linderos de los territorios respectivos, es un objeto de la más alta importancia para todas las naciones» (p. 107).

A pesar de lo urgente del desafío, el interés peruano para fijar sus límites territoriales tuvo que ser asumido gradualmente debido a la falta de vocación de los Estados de la región para regular sus relaciones de vecindad mediante tratados internacionales, en particular, para delimitar sus fronteras. Mientras no fue factible ese cometido, se aplicaron medidas prácticas y temporales (Novak y Namihás, 2020, p. 53) dirigidas a disminuir las tensiones entre ellos (ejemplo: suscripción de acuerdos de paz).

Como consecuencia de esta situación de incertidumbre respecto a las fronteras, el Perú estuvo inmerso en una serie de conflictos territoriales durante los primeros cincuenta años de su vida republicana. Entre 1828 y 1841, nuestro país estuvo en guerra con Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador y la Gran Colombia y fue hasta superado este momento que pudo contar «con un territorio y gobierno más o menos definidos» (St. John, 1999, p. 23). Detrás de las demandas territoriales, existieron también razones de tipo estratégico y geopolítico para justificar el origen de dichos conflictos. Por ejemplo, el Perú invadió Bolivia el 1 de mayo de 1828 ante el deterioro de las relaciones con la Gran Colombia en el norte y frente a la amenaza de verse atrapado en el sur por un gobierno proclive a ella, liderado por Antonio José de Sucre (Ulloa, 1997, p. 256). Luego de la derrota del ejército boliviano, se suscribió el Tratado de Piquiza, el 6 de julio de 1828, y se logró la salida del poder de Sucre.

Otro conflicto emblemático de esta etapa fue la guerra del Perú con la Gran Colombia (1828-1829). Dentro de las causas de este enfrentamiento se encuentran las reclamaciones sobre Jaén y Maynas formuladas por la Gran Colombia, los pagos pendientes de préstamos generados durante la lucha de independencia del Perú, el cuestionamiento y el rechazo al liderazgo de Simón Bolívar, acrecentado luego de su retiro del Perú en 1826, entre otras. La acción armada terminó con la derrota del ejército del presidente del Perú, José de la Mar, en la batalla de Portete de Tarqui el 27 de febrero de 1829. Los representantes de ambos países suscribieron el 22 de septiembre del mismo año el Tratado de Paz y Amistad, acuerdo Larrea-Gual, que estableció que ambas partes se comprometieran a la reducción de las fuerzas militares en el sur de la Gran Colombia y el norte del Perú, así como al reconocimiento de sus derechos sobre los territorios que habían pertenecido a los virreinos del Perú y Nueva

Granada. No obstante este acuerdo hizo posible, de manera práctica, la paralización del conflicto militar, no resolvió ningún problema limítrofe (St. John, 1999, p. 23).

Asimismo, un caso bélico de la mayor relevancia para la época, por el número de países involucrados, fue la guerra contra la Confederación Peruano-Boliviana de 1836 a 1839. La unificación de Bolivia y Perú había sido parte de la aspiración de muchos políticos y militares desde la independencia. Andrés de Santa Cruz, como presidente del Perú, estableció, mediante decreto del 28 de octubre de 1836, la creación de la confederación. Para 1837, la confederación quedó compuesta por los Estados nor y sur peruanos, y Bolivia, los que quedaron bajo el mando de un protector, en este caso, Santa Cruz. El recelo generado por esta unión hizo que países como Chile y Argentina decidieran emprender acciones militares contra la confederación en mar y tierra. La precariedad de los mecanismos de diálogo entre los Estados en esa época solo podía aumentar la desconfianza entre ellos. Un primer acuerdo de paz celebrado en Paucarpata el 17 de noviembre de 1837 entre las partes sería desconocido inmediatamente por Chile, lo que evidencia la fragilidad de los acuerdos de ese momento y el poco compromiso para respetar lo que podía ser estipulado en ellos. La naturaleza coyuntural de su celebración hacía parecer que el incumplimiento de estos acuerdos no generaba consecuencias de tipo jurídico, incrementando aún más la inseguridad en las relaciones de los Estados involucrados. Seguidamente, Chile envió una segunda expedición para acabar con la confederación, lo que se logró con la derrota de Santa Cruz en la batalla de Yungay el 20 de enero de 1839.

La historia de la confederación ejemplifica las dificultades que afrontó el Perú en un escenario en el cual las relaciones estatales se rehusaron a adoptar un marco jurídico internacional que las regulase de manera efectiva. Esto último no solo determinó la colisión de intereses entre las naciones americanas, sino también retrasó el establecimiento de soluciones con una permanencia en el tiempo.

De la mano de estos sucesos de enfrentamiento militar, también existieron momentos para la cooperación, la acción conjunta y la búsqueda de integración, como fue la iniciativa alrededor del Congreso

Anfictiónico de Panamá en 1826, en el cual el Perú actuó brindando los fundamentos para el rechazo a todo tipo de intervención extranjera, conforme se entiende de las instrucciones dadas a los delegados peruanos por parte de los ministros de Relaciones Exteriores, Hipólito Unanue y, posteriormente, José María Pando (Basadre, 2005, p. 118). En estos casos, uno de los elementos que unificaba a los países americanos era el ya referido empleo del derecho internacional para legitimar sus territorios y la unanimidad en la adopción de la república como forma de gobierno.

Estos períodos de estabilidad y de convergencia de los intereses de los Estados de la región coincidieron con la llegada al poder en el Perú de gobiernos que respaldaron la institucionalización de la política exterior peruana para una proyección internacional unificada de los intereses nacionales. Nos referimos al caso del gobierno del presidente Ramón Castilla y la labor realizada por su ministro de Relaciones Exteriores, José Gregorio Paz Soldán, con la finalidad de unificar los esfuerzos de la región alrededor de preceptos que, con el paso del tiempo, se volvieron «constantes históricas» (Wagner de Reyna, 1981, p. 28) de nuestra proyección internacional, como lo fueron la determinación de la zona del Pacífico Sur dentro de un clima de concordia internacional, la defensa de la región frente a cualquier tipo de presión de las grandes potencias a fin de garantizar una igualdad entre naciones, la solidaridad continental ante alguna amenaza externa, y la defensa de la paz entre los Estados de la región (Wagner de Reyna, 1997, p. 33). Los planteamientos peruanos fueron respuestas de tipo jurídico a sucesos históricos sufridos por la región como la guerra de España contra el Perú (1865-1866) y la invasión francesa destinada a establecer un imperio en México (1862-1867). Dichos preceptos son también un valioso aporte peruano a la doctrina jurídica interamericana y su influencia pervive hasta nuestros días como inspiración de los lineamientos de política exterior de nuestro país y de otros en la región latinoamericana.

3.3. La búsqueda del relacionamiento económico: el reconocimiento como Estado y la ampliación de relaciones diplomáticas

Como se ha indicado, la nueva república peruana tuvo en la definición de su territorio el primero de sus retos internacionales. La lógica del

conflicto militar, que fue una constante en sus primeros años, buscó afirmar los confines del espacio nacional de la nueva república. Aun cuando, de manera preliminar, se logró que el Estado peruano se asentara territorialmente, se requería también que este pudiera ser visto en situación de igualdad con el resto de las naciones, conforme al derecho internacional. La existencia en sí misma del Perú no era suficiente para garantizar su futuro: una nación aislada y sin una política exterior posicionada en el mundo podía hacerla víctima de quienes eran susceptibles de cuestionar su carácter como Estado. Entonces, se requería respaldo exterior y «determinar la personalidad política del Estado frente al extranjero» (Wagner de Reyna, 1997, p. 27), y que la nueva nación pudiera interactuar externamente consiguiendo su «reconocimiento en el concierto internacional» (Casalino, 2022, p. 10). Para alcanzarlo, el nuevo Estado peruano emprendió dos caminos: lograr el reconocimiento internacional como nación independiente por parte de otros Estados y la celebración de tratados internacionales que reafirmaran su calidad de sujeto internacional y que reforzaran el nivel de relación con otras naciones.

Aunque el reconocimiento internacional no condicionaba el carácter estatal de la nación peruana, cuya existencia era ya indiscutible, sí era preciso para su supervivencia futura. El reconocimiento expreso o tácito se hizo imperativo para el «destino económico y comercial» del Perú (García Belaunde, 2021, p. 46), estrechamente unido a su desarrollo. El apoyo a la economía nacional dependía de las relaciones diplomáticas con aquellos países, principalmente las potencias europeas, con los cuales era necesario comerciar, establecer mercados y hacer negocios.

La guerra de independencia había afectado severamente a la economía del país al punto de estar arruinada al momento del retiro del libertador Simón Bolívar en 1826 (St. John, 1999, p. 17) debido a la paralización del comercio con la consecuente pérdida de mercados consolidados durante el virreinato, así como del uso abusivo del crédito externo (Quiroz, 2013, p. 104). Como indica Wagner de Reyna (1997, p. 29), «el erario prácticamente en falencia necesitaba del dinero exterior»; en ese contexto, la política exterior peruana envió desde 1821 sus primeras misiones diplomáticas y se empeñó en obtener el reconocimiento de

otros Estados, y a partir de ello buscó establecer un relacionamiento económico dirigido a fomentar la inversión y el comercio.

El inicio de relaciones diplomáticas con los Estados de la región vino a partir de 1822 con el reconocimiento por parte del Perú de la independencia de Chile, el mutuo reconocimiento con la Gran Colombia como Estados independientes ese mismo año, el reconocimiento de México con la llegada a ese país del primer ministro plenipotenciario peruano en 1823, el de Bolivia en 1826, de Brasil (en ese entonces imperio gobernado por Pedro I) en 1827 y de Ecuador (luego de separada la Gran Colombia) en 1830.

Si bien el relacionamiento con dichos Estados era importante para los propósitos de buscar lograr, en un corto plazo, una mayor certeza sobre los límites territoriales mutuos, así como establecer lazos de confianza o cooperación, era aún más urgente, para la proyección del Perú, vincularse económicamente con dos Estados, fuera del entorno geográfico cercano: Gran Bretaña y Estados Unidos.

El reconocimiento por parte de Gran Bretaña, la que durante décadas previas a la independencia había propugnado por una mayor libertad para el comercio con las colonias españolas en América, tuvo lugar hasta 1831. Lo anterior, pese a que desde 1822 se habían dado los primeros intentos dirigidos a lograr el inicio de relaciones diplomáticas con el envío de la misión Juan García del Río (Novak y Namihas, 2020, p. 44), mientras era ministro de Relaciones Exteriores José Faustino Sánchez Carrión, a quien en ese momento le preocupaba que el Perú mantuviera una posición solitaria a favor de un modelo monárquico de gobierno, mientras que los recientes Estados americanos adoptaban el sistema republicano (O'Phelan, 2015, p. 35).

El surgimiento de esta nueva relación coincidió con el nacimiento de la historia financiera del Perú, basada en el endeudamiento producido por diversos préstamos provenientes del extranjero para costear las campañas militares de ese período. Por ejemplo, el primer préstamo externo de nuestro país fue gestionado por el citado García de Río, en su calidad de enviado por el libertador José de San Martín, en el mercado británico a inicios de la década de 1820 por un monto de 1.2 millones de libras esterlinas (Quiroz, 2013, p. 107). Esta etapa de una serie de

préstamos originó una dependencia financiera de Europa (St. John, 1999, p. 17) que se incrementó en las décadas siguientes.

El caso de Estados Unidos de América fue diferente. Su independencia desde 1776 generó la designación de agentes comerciales y de navegación en nuestro territorio entre 1810 y 1817, año en el que fue nombrado Jeremy Robinson como agente comercial con residencia en Lima y posteriormente William Tudor como cónsul de los Estados Unidos y delegado para temas comerciales desde 1824 (St. John, 1999, p. 18), luego de haber reconocido al Perú en mayo de 1822. Desde 1826, se formalizarían las relaciones diplomáticas con el nombramiento de James Cooley como encargado de negocios de Estados Unidos de América en el Perú (Novak y Namihas, 2020, p. 44).

Cabe precisar que esta primera etapa de relacionamiento internacional con objetivos en materia económico-comercial no estuvo exenta de verse afectada por la precaria situación política sufrida luego de las guerras de independencia. Este período, como indicaría William Tudor en una carta al secretario de Estado John Quincy Adams en 1824, se caracterizó por episodios relacionados con confiscaciones arbitrarias de bienes, incluso pertenecientes a estadounidenses, y se generaron incidentes de tipo diplomático y el retraso en la formulación de una «reforma comercial y tratados de comercio con el exterior» con el respectivo perjuicio para el Perú (Quiroz, 2013, p. 104).

El reconocimiento de otros Estados europeos se haría efectivo desde 1852, con el inicio de relaciones diplomáticas con los Estados Pontificios, mientras que Portugal reconoció a nuestro país en 1853. Francia lo hizo en 1861, Italia en 1864, así como Alemania y Rusia en 1874. Los cuatro países anteriores suscribieron tratados de amistad, comercio y navegación, mediante los cuales buscaron fortalecer la relación económica bilateral. Este es el momento en el cual el Perú hizo ejercicio pleno de su soberanía estatal, expresada en su capacidad para celebrar tratados internacionales en una materia distinta a la relacionada con la delimitación de fronteras. El interés nacional era restablecer rutas comerciales resguardadas por las seguridades propias de los tratados en el marco del derecho internacional, obtener precios justos para los bienes exportados e importados y poner en funcionamiento la economía local.

La política exterior peruana, en su afán de contribuir a las necesidades económicas del país, no se limitó a los mercados tradicionales. Así, por ejemplo, en lo referido al continente asiático, el Perú formalizó sus relaciones diplomáticas mediante acuerdos de amistad, comercio y navegación, con Japón a partir de 1873 y con China desde 1874.

Para fines del análisis de esta parte de la investigación, hemos considerado el período comprendido entre 1821 y 1879, año en el que España reconoció finalmente al Perú, tras los sucesos de la independencia y de la guerra con ese país entre 1865-1866. Lo señalado nos muestra el largo período de más de cincuenta años en el que el Perú procuró alcanzar un reconocimiento internacional, así como una inserción en el ámbito del comercio internacional en el siglo XIX. Este proceso de enfoque económico se produjo de manera lenta y gradual, en paralelo de sucesos y amenazas externas al continente ya mencionadas, lo que causó que existiera en el Perú «un sentimiento de vulnerabilidad» (García Belaunde, 2021, p. 48) que se buscó reducir a través de medidas, también descritas, al amparo del derecho internacional (unidad y defensa colectiva del continente americano), las que contaron con el respaldo, en mayor y menor medida, de Estados Unidos de América y Gran Bretaña.

4. CONCLUSIONES

Como se ha podido verificar, el Perú contó desde el inicio de su vida independiente con una política exterior dirigida a alcanzar sus objetivos nacionales. Para este fin, el Estado peruano se valió de acciones coordinadas y permanentes, de corto y mediano plazo, que contemplaron la aplicación del derecho internacional.

El cumplimiento del derecho internacional como estrategia de la política exterior en los albores de la república peruana ha generado un legado que se puede identificar en la proyección internacional contemporánea de nuestro país.

El Perú utilizó el derecho internacional para garantizar su componente territorial luego de la independencia. Esto le permitió defender preliminarmente los títulos jurídicos sobre los territorios derivados del virreinato y que prevalecieron con la república desde 1821. La validez

jurídica de principios como el *uti possidetis* y la libre determinación de los pueblos han sido fundamentales para la delimitación definitiva de las fronteras internacionales del Perú, que no se logró sino hasta el siglo XX.

La limitada vocación de las nuevas naciones americanas para resolver los asuntos vinculados a sus fronteras mediante acuerdos internacionales generó una larga etapa de conflictividad. La ausencia de relaciones internacionales reguladas mediante acuerdos revestidos de formalidad y enmarcados en el derecho internacional contribuyó a la desconfianza e incertidumbre entre el Perú y sus vecinos. Durante el período en que no fue posible establecer soluciones definitivas a estas disputas, el Perú se dedicó a fortalecer la defensa jurídica de su posición, tarea ejercida por su Ministerio de Relaciones Exteriores.

La falta de entendimientos en temas fronterizos no limitó que el Perú ejerciera una política internacional, amparada en el derecho, en favor de iniciativas de integración y defensa colectiva en la región. Más aún si las medidas propuestas buscaban dotar de carácter jurídico a las acciones defensivas de tipo militar frente a amenazas externas de potencias europeas interesadas en extender o restaurar sus dominios en América.

El fortalecimiento de la posición del Perú a nivel externo requirió hacer uso de instituciones del derecho internacional como el reconocimiento por parte de otros Estados y la celebración de tratados. La supervivencia futura de la nueva república necesitaba gozar de un trato igualitario y efectivo en su relación con otras naciones. El reconocimiento internacional del Perú, aunque sin efectos constitutivos para su configuración como Estado, era útil de manera operacional para alcanzar un nuevo nivel de relacionamiento con otros Estados, en aspectos más allá de los fronterizos, en su entorno regional y fuera de él.

Seguidamente, la celebración de tratados comerciales y la búsqueda de nuevos mercados fueron vitales para la sostenibilidad económica de la nación, afectada luego de la independencia. El derecho internacional brindó las seguridades necesarias para el relacionamiento en materia comercial con las potencias económicas de la época, lo que permitió consolidar, gradualmente, la proyección del Perú en el ámbito financiero y del comercio mundial del siglo XIX.

En conclusión y luego de este análisis, se puede afirmar que el derecho internacional —aunado al despliegue de las acciones a nivel político, militar y económico emprendidas por el Estado— fue un elemento fundamental para el logro de los objetivos nacionales vinculados a la consolidación de la naciente República del Perú.

REFERENCIAS

- Basadre, J. (2005). *Historia de la República del Perú (1822-1933)* (vol. 1). El Comercio.
- Belaúnde, V. A. (1981). *La constitución inicial del Perú ante el derecho internacional*. Editorial Universitaria.
- Boza, J. (2019). Los ciclos de política exterior peruana focalizados en la solución de las controversias fronterizas. *Agenda Internacional*, 26(37), 61-87. <https://doi.org/10.18800/agenda.201901.002>
- Buller, C. (2023). Independencia y política exterior. *Política Internacional*, (129), 139-155. <https://doi.org/10.61249/pi.vi129.19>
- Carrillo, J. A. (1991). *El derecho internacional en perspectiva histórica*. Tecnos.
- Casalino, C. (2022). El proceso de independencia del Perú y algunos episodios sobre su reconocimiento en el concierto de las naciones. *Discursos del Sur. Revista de Teoría Crítica en Ciencias Sociales*, (8), 9-49. <https://doi.org/10.15381/dds.n8.22100>
- Chávez, F. N. (2023). El rol de la diplomacia peruana en el reconocimiento de la independencia del Perú por España. *Política Internacional*, (129), 22-40. <https://doi.org/10.61249/pi.vi129.14>
- Espinoza, L. A. (2023). La diplomacia en la arquitectura republicana del Perú. *Política Internacional*, (129), 41-57. <https://doi.org/10.61249/pi.vi129.15>
- Fernández, G. (1994). El Ministerio de Relaciones Exteriores: historia y perspectivas. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, (103), 49-68.

- Foro del Acuerdo Nacional (2002). *Las 35 políticas de Estado del Acuerdo Nacional*. https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/11108.pdf
- García Bedoya, C. (1980). Clase magistral del canciller del Perú, embajador Carlos García Bedoya. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, (72-73), 18-31.
- García Bedoya, C. (1992). *Política exterior peruana. Teoría y práctica*. Academia Diplomática del Perú.
- García Belaunde, J. A. (2021). *Dos siglos de desafíos en la política exterior peruana*. Ministerio de Cultura. <https://acortar.link/umZnfM>
- Llosa, J. G. (1975). La independencia nacional. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, (70), 42-49.
- Maúrtua de Romaña, O. (1995). *Derecho internacional y política exterior*. Marina de Guerra del Perú.
- Ministerio de Defensa (2006). *Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/397073/Libro_blanco.pdf
- Novak, F. y Namihás, S. (2020). *El bicentenario de la política exterior peruana y su proyección en un mundo de cambio*. Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) y Konrad Adenauer Stiftung. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/173500>
- O'Phelan, S. (2015). José Faustino Sánchez Carrión. En Garibaldi, R., *Cancilleres del Perú* (pp. 31-39). Fundación Academia Diplomática del Perú.
- Pando, J. M. de (1827). *Elementos del derecho internacional*. Imprenta de J. Martín Alegría.
- Pérez de Cuéllar, J. (1997). *Manual de derecho diplomático*. Fondo de Cultura Económica.
- Quiroz, A. W. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.

- Rodríguez Cuadros, M. (2007). *Delimitación marítima con equidad. El caso de Perú y Chile*. Peisa.
- San Martín, A. (1987). *Relaciones internacionales: política internacional y diplomacia*. IPRI; CONCYTEC.
- Seara, M. (2009). *Derecho internacional público*. Porrúa.
- St. John, R. B. (1999). *La política exterior del Perú*. Asociación de Funcionarios del Servicio Diplomático del Perú.
- Truyol y Serra, A. (1998). *Historia del derecho internacional público*. Tecnos.
- Ulloa, A. (1959). El derecho en las relaciones interamericanas. Disertación pronunciada por el doctor Alberto Ulloa Sotomayor en la XI Conferencia de la Federación Americana de Abogados. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, (55), 71-86.
- Ulloa, A. (1997). *Posición internacional del Perú*. Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.
- Wagner de Reyna, A. (1981). Esbozo para una interpretación de la situación internacional del Perú. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, (82), 9-30.
- Wagner de Reyna, A. (1997). *Historia diplomática del Perú. 1900-1945*. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Gian Pierre Campos Maza: recojo, análisis de datos para el trabajo, redacción del trabajo; revisión crítica al contenido intelectual importante; aprobación final de la versión que se publicará.

Luciana Cumpa García Naranjo: recojo, análisis de datos para el trabajo, concepción del trabajo; redacción del trabajo; aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

Los autores agradecemos las sugerencias y las observaciones brindadas por Daniela Malapi Hernández.

Biografía de los autores

Gian Pierre Campos Maza, diplomático en el Servicio Diplomático de la República. Es graduado en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú y en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto de Investigación Universitaria Ortega y Gasset, España. Graduado de Rhodes Academy-Center of Ocean Law and Policy y del Programa de Negociación y Liderazgo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

Luciana Cumpa García Naranjo, graduada en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidata a magíster en Derechos Humanos y Derecho Constitucional por la misma universidad. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, Perú. Miembro del Grupo de Derecho Internacional del Consejo Consultivo de la Presidencia del Poder Judicial en el 2018. Especializada en estudios internacionales por la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Instituto Hugo Grocio de la Universidad de Leiden y por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. Ha sido docente del curso de Derecho Internacional Público y se dedica a la investigación jurídica internacional.

Correspondencia

gcampos@rree.gob.pe



REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 371-397

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.934

El derecho mercantil, el Tribunal del Consulado de Lima y la organización de la Cámara de Comercio del Perú en el proceso del Perú independiente

The commercial law, the Lima Consulate Court, and the organization of the Peruvian Chamber of Commerce in the process of independent Peru

Direito comercial, o Tribunal do Consulado de Lima e a organização da Câmara de Comércio peruana no processo de independência do Peru

CARLOS ERNESTO MORALES CERÓN
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: cmoralesc@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4868-024X>

YURI TORNERO CRUZATT
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: ytorneroc@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-3605-2104>

RESUMEN

El objetivo de este artículo es presentar el recorrido histórico del Tribunal del Consulado de Lima, entre la historia del derecho mercantil marítimo y la política de la naciente República peruana, a su vez como antecedente de la Cámara de Comercio del Perú independiente. La primera parte del trabajo se ocupa en explicar cómo se desarrolló el derecho

mercantil marítimo y el aporte de Antonio de Capmany a la disciplina de la historia del derecho en el contexto del surgimiento de los tribunales del consulado. Luego, la segunda parte se ocupa de realizar un estudio comparado de las fortalezas del Real Felipe y San Juan de Ulúa, para explicar que en el gobierno del mar, la Corona española no solo se agenció de cuerpos normativos, sino además de fortalezas, esto es, infraestructura marítima que resista a los embates de corsarios y piratas. Por último, se explica el proceso de integración del tiempo histórico colonial y republicano, representado por el fidelismo del Tribunal del Consulado de Lima a las fuerzas realistas, y cómo el advenimiento de la República hace que el Consulado tenga que acomodarse al nuevo régimen político administrativo de la independencia, hecho que se tradujo en la creación de la Cámara de Comercio del Perú.

Palabras clave: derecho mercantil; Tribunal del Consulado de Lima; Cámara de Comercio del Perú; Real Felipe; San Juan de Ulúa.

Términos de indización: tribunal; comercio internacional; Perú (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The purpose of this article is to describe the historical path of the Lima Consulate Court, between the history of maritime mercantile law and the politics of the nascent Peruvian Republic, as well as the antecedent of the independent Chamber of Commerce of Peru. The first part of the paper is concerned with explaining how maritime mercantile law developed and the contribution of Antonio de Capmany to the discipline of legal history in the context of the emergence of the Consulate Courts. Then, the second part deals with a comparative study of the fortresses of Real Felipe and San Juan de Ulúa, in order to explain that the Spanish Crown not only took possession of normative bodies, but also of fortresses, that is, maritime infrastructure that resists the attacks of corsairs and pirates. Finally, it explains the process of integration of colonial and republican history, represented by the loyalty of the Lima Consulate Court to the royalist forces and how the advent of the Republic meant that the Consulate had to adapt to the new political-administrative

regime of independence, which resulted in the creation of the Peruvian Chamber of Commerce.

Key words: commercial law; Lima Consulate Court; Peruvian Chamber of Commerce; Real Felipe; San Juan de Ulúa.

Indexing terms: judiciary; international trade; Peru (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar os antecedentes históricos do Tribunal do Consulado de Lima, entre a história do direito marítimo mercantil e a política da nascente República Peruana, bem como os antecedentes da Câmara de Comércio independente do Peru. A primeira parte do artigo trata de explicar como se desenvolveu o direito marítimo mercantil e a contribuição de Antonio de Capmany para a disciplina da história jurídica no contexto do surgimento dos Tribunais do Consulado. Em seguida, a segunda parte trata de um estudo comparativo das fortalezas de Real Felipe e de San Juan de Ulúa, a fim de explicar que a Coroa espanhola não só se apoderou de corpos normativos, mas também de fortalezas, ou seja, de infra-estruturas marítimas para resistir ao ataque de corsários e piratas. Por último, explica-se o processo de integração da história colonial e republicana, representado pela fidelidade do Tribunal do Consulado de Lima às forças monárquicas e como o advento da República obrigou o Consulado a adaptar-se ao novo regime político-administrativo da independência, o que resultou na criação da Câmara de Comércio do Peru.

Palavras-chave: direito comercial; Tribunal do Consulado de Lima; Câmara de Comércio do Peru; Real Felipe; San Juan de Ulúa.

Termos de indexação: tribunal; comércio internacional; Peru (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 23/2/2024
Aceptado: 7/5/2024

Revisado: 27/2/2024
Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

El comercio marítimo originó la necesidad de una justicia más allá de los alcances de la justicia ordinaria, basada en la propia costumbre de los mercaderes y sobre la base de la propia experiencia. Así, las reglas de derecho marítimo occidental se concatenaron con el surgimiento de los tribunales del consulado en diferentes partes de Europa. Y, en particular, el advenimiento de las relaciones comerciales interoceánicas animó a la difusión de la institución del Tribunal del Consulado. Además, el gobierno del mar para España significó, desde un planteamiento inicial, el monopolio del comercio con las Américas, hecho que no se pudo sostener a lo largo del tiempo, y más bien existía una pugna por el libre comercio. La Corona española no solo se agenció de cuerpos normativos o instituciones, como la descrita, para el gobierno del mar, sino además de fortalezas que resistieran los embates de corsarios y piratas, dentro de estas se encuentran el Real Felipe y San Juan de Ulúa. El advenimiento de las repúblicas americanas significó una prueba para estas instituciones, contexto en el cual elementos de la constitución precedente se mantuvieron durante los inicios de esta, muy en especial los de la experiencia peruana.

En efecto, en este escenario, la justicia sobre los asuntos marítimos mercantiles se desarrollaba en el Tribunal del Consulado de Lima, una institución concebida a semejanza de sus pares españolas, como la de Sevilla y otros casos. Así, en el año 1503 se crea la Casa de Contratación de Sevilla, sobre la base del informe elaborado por León Pinelo, y, como consecuencia, se funda en 1543 el Consulado de Sevilla, que gozará casi exclusivamente del tráfico comercial con las Américas. Seguido, Felipe II, mediante cédula del año 1593, crea el Tribunal del Consulado de Lima, cuyo establecimiento efectivo se realizará en 1613. Según Pejovés (2016), el proceso de su establecimiento se produjo con la Real cédula expedida por el rey y recibida en Lima el año 1594 por el cuarto marqués de Cañete, marqués de Montesclaros, quien se encargó de dictar la «real provisión el 13 de febrero de 1613, preconizada el 23 de febrero en las puertas principales de las Casas Reales y en la calle principal de los Mercaderes con trompetas, chirimías y atabales» (p. 30). Luego de ello, dice el citado

autor, el 27 de febrero de 1613 se realizaron elecciones y se escogió a Miguel Ochoa como prior, quien fue el primero de la corporación, y como cónsules a Juan del Fuente Almonte y Pedro González Refolio (Pejovés, 2016, p. 30). Una vez constituido el Consulado, se esperó hasta 1619 para que tuviera sus ordenanzas, pese a que desde 1614 el virrey aprobó su redacción; para dicho propósito se determinó que el letrado Alberto Acuña, oidor de la Real Audiencia, participara (Pejovés, 2016, pp. 30-31). Explica Pejovés (2016) que el funcionamiento del Tribunal del Consulado se desarrolló con normalidad hasta 1822, luego se suprime en doble oportunidad entre 1822 y 1826; posteriormente, se restablece desde su forma primigenia, hasta que, en 1886, se decreta su suspensión definitiva (p. 37).

El Tribunal del Consulado de Lima resistió a los embates producidos por los cambios de la dinámica del poder marítimo. Así, desde 1680, año en el cual se quiebra la supremacía de Sevilla, por el mayor protagonismo de Cádiz como referente de la entrada y la salida de la navegación atlántica, el comercio internacional se fue acrecentando, con los navíos de permiso, el galeón de Manila que llegaba hasta las Filipinas, pasando por México, y otros puertos que van a ir emergiendo primero desde el contrabando y luego posteriormente reconocidos, como es el caso del Río de la Plata. De este modo, en el marco de las reformas borbónicas, el 12 de octubre de 1778 se emanó el Reglamento y Aranceles Reales para el Comercio Libre de España a Indias, promulgado por el rey Carlos III de España. Su efecto fue flexibilizar el monopolio comercial español existente, y con ese fin abrió al comercio trece puertos de España con treinta y uno de Indias. Este reglamento fue clave para el abandono del monopolio que conservaba España sobre el comercio en las Américas, y gracias a esto se dio pase al libre comercio. El advenimiento de la República estará vinculado con varios acontecimientos, entre ellos, el dominio del mar, en el cual España va perdiendo batalla. El fidelismo del Tribunal del Consulado de Lima a las fuerzas realistas en el proceso de la independencia es bien conocido por la historiografía peruana; la institución comercial, aparte de su atribución económica, funcionaba como tribunal impartiendo justicia en asuntos de comercio a la vez que como gremio mercantil defendía los intereses de sus miembros

(los grandes comerciantes), quienes compartían el poder económico en el Perú con la aristocracia terrateniente. Los sectores y las familias más encumbradas de ambos grupos de poder fueron leales y fieles a la causa del rey.

Al culminar el proceso emancipador, el Tribunal del Consulado tuvo que cambiar de nombre, su antigua denominación y accionar hacían recordar entre la población su enconado fidelismo hasta los límites de tiempo que la guerra puso fin; sin embargo, después de la proclamación de la independencia, que fue el 28 de julio de 1821, el tribunal aún tenía comunicación con el virrey La Serna. El establecimiento de la República marcaría un hito en el proceso de la historia del tribunal, que tuvo que acomodarse al nuevo régimen político administrativo. El estudio muestra el proceso de integración de ambos tiempos históricos, el colonial y el republicano.

2. EL DERECHO MERCANTIL MARÍTIMO Y LA DEFENSA DEL MAR

2.1. El derecho mercantil y la contribución de Antonio de Capmany

El derecho mercantil ha estado muy vinculado a las costumbres del mar. Existen textos de derecho mercantil relevantes de estudio. Zambrana Moral (2016) explica, por ejemplo, que los contratos marítimos básicos, tales como el pasaje y el fletamento, tenían

su regulación en textos significativos para la historia del Derecho marítimo (*Nόμος Ῥοδίων Ναυτικός*, *Estatutos de Marsella* de 1253 a 1255, *Rôles d'Oléron*, *Costums de Tortosa*, *Llibre del Consolat de Mar*, *Ordenanza de la Marina* de 1681, *Código de Comercio* francés de 1807 o *Código de Comercio* español de 1885, entre otros). (p. 233)

En el derecho medieval, en el *Nόμος Ῥοδίων Ναυτικός* afirma la citada autora respecto de la regulación del pasaje marítimo, que se remitía a la voluntad contractual, y según lo estipulado en el contrato respecto a su cuantía, su tiempo y su moneda de pago, no se encontraba ninguna norma referida a ello. Patricia Zambrana (2016) explica que

en los *Estatutos de Marsella* (1253 a 1255) se distinguió según el tipo de viaje para concretar la cuantía del flete, y se permitía la intervención de la administración municipal en casos de travesías internacionales o de larga distancia (p. 238). Asimismo, Zambrana (2016) afirma que «la primacía de la voluntad de las partes en los contratos marítimos aparece de forma expresa en *Las Partidas*» (p. 238), pues en ellas se señala que todo pacto entre los «maestros» y los «señores de los navíos» con los mercaderes y «otros hombres que han de llevar en ellos» (pasajeros) se constituía en un obligatorio cumplimiento; y, por tanto, también se establecía lo relativo al precio, con el deber de que conste, entre otras menciones, en la «carta de flete». Además, se imponía una multa a cualquiera de las partes que incumpliera el contrato (p. 238). «Del mismo modo, en los *Rôles d'Oléron* el contrato, en su forma de *Charte-partie*, era la regla a seguir» (p. 238).

Otra fuente que amerita revisión es la obra cumbre de Alfonso X, El Sabio (*Las Partidas*, 5.^a Partida, Título VII). En ella se señala quiénes son mercaderes, esto es, aquellos hombres que suelen vender, intercambiar, una cosa con otra y se prohíbe que estos falseen o mezclen sus productos, pues deben respetar el peso y la medida, según las costumbres de la tierra o el reino en que moran. Asimismo, otra de las reglas contenidas es el caso en el cual alguien da su nave a otro, y si sus mercaderías se dañan por responsabilidad del estado de la embarcación, tendría que indemnizar el daño a causa de dicha responsabilidad (pp. 830-831). En otra norma, se establece la responsabilidad por pérdida de las cosas de los marineros al interior de los navíos (p. 846).

También se puede revisar las *Costums de Tortosa*, el primer cuerpo jurídico íntegramente escrito en catalán y que tiene influencia del derecho romano justiniano sobre la Corona de Aragón. En efecto, dentro de la literatura jurídica medieval tenemos el *Llibre del Consolat de Mar*, el compendio contiene procedimientos sobre derecho mercantil y marítimo sobre la base del derecho consuetudinario marítimo que fue confeccionado por jurisconsultos desde el siglo XIII. El documento se encuentra en el Archivo Histórico Municipal de Valencia y es producto de la regulación jurídica del Reyno de Valencia durante los siglos XIV y XV. Este texto se basa en el *Constitutum usus*, un texto pisano del

siglo XII, y además, otro texto latino, *Consuetudo maris*, propio de la primera mitad del siglo XIII, del área de Barcelona.

Asimismo, vale resaltar el *Código de las Costumbres Marítimas de Barcelona*, un compendio de leyes de derecho marítimo que estuvo vigente en el ámbito del Mediterráneo. «Se imprimió por primera vez en Barcelona en 1502, aunque la primera edición se realizó en Valencia entre los años 1436 y 1484» (Torres, 2023, p. 63). El texto originalmente escrito en catalán, luego, en 1791, fue traducido y reeditado por Antonio de Capmany, y De Montpalau lo tradujo al castellano. Según Carmen Torres López (2023), esta traducción fue denominada también *El Consulado* y «fue el primer cuerpo de ordenanzas empleado para la contratación náutica, usando durante siglos la misma norma en las naciones del levante» (p. 63). Carmen Torres (2023) explica que la obra referida da testimonio de la aparición de un gran número de juzgados/consulados en la zona catalana, lo cual pone en evidencia la utilidad de la obra para el comercio y para la regulación legal de la navegación. Asimismo, afirma que gracias a esta contribución de Capmany «conocemos dónde fue establecido el primer consulado, que estuvo en la ciudad italiana de Mesina (Isla de Sicilia) tras su conquista» (Torres, 2023, p. 63).

A este punto, se puede rescatar la contribución de Antonio de Capmany a la disciplina de la historia del derecho marítimo. Capmany pertenecía a la Real Academia de la Historia, explica Margarita Serna (2014) que desde dicha pertenencia facilitó que la Imprenta Real, vinculada desde 1761 a la Real Biblioteca, fuese la encargada de la edición de diversas obras suyas, entre las que resaltan:

[la] recopilación de los tratados de paces y alianzas firmados por los reyes de Aragón, la edición de las ordenanzas navales de Pedro IV el Ceremonioso de 1354 y los tres tomos de los tratados de paz y comercio que Capmany compiló tras ser nombrado colector y editor de los tratados de paz de los reinados de Felipe V, Fernando VI, Carlos III y Carlos IV. (p. 46)

Serna Vallejo (2014) analiza la contribución de Capmany no solo en el plano de la edición, sino en la metodología de trabajo. Explica que

el provecho que encontró del material de los archivos se puede analizar desde tres perspectivas diferentes: (1) la del historiador que visitó y trabajó en distintos archivos, tanto en Madrid como en Barcelona, con la finalidad de obtener documentación; (2) la del investigador que no solo trabajó con las fuentes que localizó directamente en los archivos, sino que además supo beneficiarse del trabajo de algunos de sus contemporáneos en los mismos archivos o en otros, con ello aprovechó los documentos que estos le suministraban (p. 47). El estudio de Serna precisa que Capmany tuvo como colaboradores a una pléyade de personajes ilustres muy entendidos de la escritura; a dos miembros de la Academia de Buenas Letras de Barcelona, Joan Solà y Jaume Caresmar i Alemany, el primero también era juez de reclamaciones de la curia del corregidor de Barcelona; y a Josep Farriols, que trabajaba en los fondos del Archivo de la Ciudad (p. 47). Por último, señala Serna (2014) que Capmany, como inquieto ilustrado, se llega a involucrar, de forma personal, en la recuperación y la organización de varios archivos. La monarquía lo contrató para el reconocimiento y el arreglo de los Reales Archivos de Barcelona y de los Archivos del Real Patrimonio de Cataluña. Se le debe la recuperación del Archivo del Maestre Racional de Barcelona (p. 47).

El impacto del comercio internacional se reflejó en diversos planos. Por ejemplo, del comercio internacional también viene el término «perulero», una derivación de Perú, para designar a aquellos que volvieron a su patria a disfrutar de las riquezas que obtuvieron tras su aventura indiana. En efecto, según Piero Costa (2017), quien escribió una tesis sobre esta materia, los tres significados más recurrentes de este término fueron una primera acepción respecto a aquel mercader que se había enriquecido luego de comerciar con diversos bienes entre la España peninsular y el Virreinato del Perú, una segunda acepción sería la de «originario o relacionado con el Perú» y una tercera acepción se refiere a la «vasija de barro» (p. 26).

En el marco de las reformas borbónicas en 1778 se emanó el Reglamento y Aranceles Reales para el Comercio Libre de España a Indias, promulgado por el rey Carlos III de España el 12 de octubre de 1778. Su efecto fue flexibilizar el monopolio comercial español existente y para ello abrió al comercio trece puertos de España con treinta y uno

de Indias. Este reglamento fue clave para el abandono del monopolio que conservaba España sobre el comercio en las Américas, gracias a lo cual se dio pase al libre comercio.

2.2. La defensa marítima: paralelismos entre el Real Felipe y San Juan de Ulúa

La política de protección del comercio no solo implicó la dotación de cuerpos normativos pertinentes, sino también de infraestructura necesaria para la protección del tráfico comercial. Eso significó, entre otras cosas, la construcción de puertos y fortalezas, estas últimas para la defensa frente a la presencia de piratas y corsarios. En Perú se construyó el Real Felipe, que hoy en día alberga un museo de sitio; sin embargo, su rol fue fundamental para la defensa naval de piratas y corsarios. Cuando llega la independencia, un contingente del ejército realista se refugió en dicha infraestructura; del mismo modo, otros episodios de la vida republicana se produjeron en dichas instalaciones.

Así como se construyó el Real Felipe, también en la Nueva España, hoy México, se construyó la Fortaleza de San Juan de Ulúa, que está enclavada en los islotes Tecpan Tlayácac, ubicados en la ciudad de Veracruz, en el estado del mismo nombre. Los islotes Tecpan Tlayácac, que en náhuatl significa «nariz o saliente de la Tierra del Palacio», albergaron un adoratorio al dios azteca Tezcatlipoca (Blázquez *et al.*, 2019, p. 18). La página web del Museo Local Fuerte de San Juan de Ulúa explica que el 24 de junio de 1518 el capitán Juan de Grijalva y otros expedicionarios españoles llegaron al islote, donde encontraron un templo construido por los pobladores de Culúa, de este nombre derivó el de San Juan de Ulúa. A partir de este primer asentamiento, Hernán Cortés avanzó y el 21 de abril de 1519 fundó la Villa Rica de la Vera Cruz. Estos islotes fueron empleados como puerto defensivo y, luego, como fortaleza para evitar el ingreso de corsarios y piratas. A continuación, detallaremos el contexto histórico de esta fortaleza: (1) en 1535, el virrey don Antonio de Mendoza, quien fue el primer virrey, por encargo del rey Carlos I, construyó un muro con argollas con la finalidad de sujetar y resguardar las naves de los fuertes vientos del norte; construyó,

asimismo, una torre de la altura de un hombre; (2) en 1590, a indicación de Felipe II, se empezó con el diseño y la edificación del sistema defensivo indiano o antillano, del cual formó parte San Juan de Ulúa; (3) durante el siglo XVI y la primera mitad del XVII, las principales funciones del puerto fueron la defensa de la ciudad de Veracruz, la aduana, el almacén y el único muelle.

Las fortalezas de Real Felipe (Perú) y San Juan de Ulúa (México) fueron construidas con el propósito de defender las costas de las ciudades más importantes como el Callao y Veracruz. Ambas fortalezas protegían los puertos que se ubicaban a su alrededor y servían como defensas contra posibles ataques de corsarios y piratas. Podemos señalar que fueron construidas en la época de dominación española en América. Mientras que San Juan de Ulúa se edificó en el siglo XVI, el Real Felipe fue construido en el siglo XVIII. Tanto en San Juan de Ulúa como en el Real Felipe se aprecia la influencia de la arquitectura militar española de la época. Estas fortalezas siguen patrones y características típicas de las construcciones defensivas españolas, como muros gruesos, torres de vigilancia y fosos.

En cuanto a su tamaño, el Real Felipe es notablemente más grande y complejo que San Juan de Ulúa, abarca un área mayor y cuenta con una arquitectura más elaborada, que incluye bastiones, muros cortina y espacios para alojar a un mayor número de soldados. Si bien ambas fortalezas poseen una rica historia, San Juan de Ulúa ha estado relacionada con eventos históricos cruciales para México, como la conquista española, la lucha por la independencia y las intervenciones extranjeras. Por otro lado, el Real Felipe es reconocido principalmente por su papel en la defensa del puerto del Callao y su participación en la Guerra del Pacífico del siglo XIX.

3. EL TRIBUNAL DEL CONSULADO ENTRE LA COLONIA Y LA REPÚBLICA

3.1. El antecedente colonial: negociaciones bajo la mesa. El Tribunal del Consulado de Lima y los acuerdos con el superior gobierno en la guerra de independencia

Como hemos demostrado en otro estudio (Morales, 2013), el Tribunal del Consulado de Lima decidió apoyar al virrey hasta las últimas consecuencias, dicha adhesión provenía de tiempo atrás cuando el tribunal contribuyó de manera expeditiva a financiar las arcas del rey en onomásticos reales, a cambio de percibir por siglos los arriendos de las alcabalas y los almojarifazgos, lo cual significó un buen negocio para la institución. También el consulado se caracterizó por financiar la guerra contra los Túpac Amaru, apoyo que no era gratuito. El Tribunal del Consulado tenía lealtad al régimen colonial, según Alberto Tauro del Pino (1971), porque existía un «importante núcleo de comerciantes de origen peninsular, [que] se beneficiaban con los privilegios del monopolio asociado al régimen español» (p. XI). Otra razón pudo haber sido un cambio en el privilegio de los fueros, en donde se comenzó a favorecer al fuero militar limitando el fuero comercial que había beneficiado al tribunal mercantil cuando en los juicios se imponía la justicia en favor de los comerciantes (Parrón, 1995). Este giro en el uso del derecho habría inducido a los grandes comerciantes del virreinato a colaborar con el virrey en tiempos de incertidumbre política, jurídica y económica.

De todos los cuerpos políticos, el tribunal fue la corporación más fiel, así lo hizo saber el virrey marqués de la Concordia José Fernando de Abascal y Souza en 1815 al reiterárselo nuevamente al rey y más tarde en julio de 1816 el virrey Joaquín de la Pezuela destina parte de los gastos de la caja para la manutención de sus autoridades. En 1793 el informe estadístico de Hipólito Unanue señala que el tribunal exigía para su subsistencia el 1 % del importe de las evaluaciones del real derecho de almojarifazgo de entrada y el ½ % del almojarifazgo de salida por el puerto del Callao (Unanue, 1985, p. 51) además de otros porcentajes en plata y oro (1 % y ¼ % respectivamente). Veintitrés años después los miembros del tribunal perciben un sueldo del Estado.

Tabla 1

Razón de los sueldos que perciben los miembros del Tribunal del Consulado de Lima en 1816

Cargo	Sueldo	Gratificación	Sueldo líquido
Juez de alzadas			1000
Prior			3500
Cónsul 1			3000
Cónsul 2			3000
Síndico conde Torre Velarde			2000
Asesor Manuel Mendiburu	1800	500	2300
Salvador Castro			900
Melchor de la Fuente, contador	1400	2200	3600
Manuel Rosas, tesorero	1400	2100	3500
José Saldívar, secretario	1100	600	1700
José Sicilia, escribano			1234.6
Mateo Gonzales, oficial 1	300	700	1000
Juan Mazon, oficial 2		700	700
Manuel Gaspar de Rozas, oficial		805	805
José Vásquez, cobrador	500	200	700
Francisco Montellano, alguacil	300	500	800
Matías Gordillo, portero	850	500	1350
Toribio Gordillo, portero de lonja	200		200

Fuente: Pezuela (1947, p. 58).

Es evidente que la crisis comercial y el fuerte déficit influyeron para que las autoridades dieran esta protección salarial por el Estado hacia el Tribunal del Consulado. La caja matriz experimentaba una caída en sus respectivos ingresos. La deuda hacia los acreedores era enorme, esta había aumentado significativamente, en total la caja debía la suma de once millones de pesos, dicha deuda era expeditiva y ejecutiva a ser pagada de inmediato, se temía una desertión de tropas, toda vez que a la guarnición de Lima se le debía la suma de 375 885 pesos (Pezuela, 1947,

p. 75), suma que, según reconocía el propio virrey, se había acumulado por años ante la negativa del virrey Abascal de pagarles su respectivo salario. Aparte de la deuda en favor de la guarnición militar existían otras deudas importantes, entre las que destacaban por billetes vencidos la suma de 500 000 pesos, 319 583 pesos por libranzas ejecutivas, 580 683 pesos debido a préstamos y 1 748 911 pesos por depósitos reintegrables. Solo a la caja de censos se le debía 470 924 pesos y a la administración de temporalidades 276 726 pesos.

4. LA CONSULTA POLÍTICA COMO MEDIO DE PACIFICACIÓN CONTRA LA INDEPENDENCIA

Para resolver los problemas del Estado en general se estableció formalmente la Junta General de Tribunales, esta institución se formó para convocar a los principales cuerpos políticos del país con el objetivo de estudiar el estado político del Perú y servir como consejo al virrey para que este tomara las decisiones pertinentes, pero oyendo a las demás instituciones y así enfrentar de manera consensuada la amenaza de los insurgentes de Buenos Aires. En presencia del virrey, el 19 de julio se reunieron los miembros del Tribunal del Consulado, acompañados de las autoridades del Tribunal de Minería para hacer frente al problema de desabastecimiento del azogue, el cual era necesario para procesar la plata.

En la primera Junta de Tribunales del 3 de agosto de 1816 se acordó entre otras medidas la impresión de medio millón de billetes para ser distribuidos entre las élites pudientes a un 5% de interés, a condición de que las élites favorecidas devolviesen al gobierno al año los capitales con los que el gobierno los había favorecido. La junta, según el virrey Pezuela, se comprometió a su cancelación. Se acordó que el Tribunal del Consulado redimiera en el plazo de un año el medio millón de billetes pagando un 6% de interés, además de quedar encargado de buscar medio millón de pesos mediante préstamos hipotecando lo que discurriese. Días más tarde, el Tribunal del Consulado celebró una junta general de comercio en la que acordó armar dos buques en guerra, asumiendo todos los costos necesarios.

En julio de 1819 el Tribunal del Consulado tenía problemas para cumplir con los compromisos financieros, ello amenazaba resentir a las tropas al quedarse sin alimento, e hizo que el propio virrey enviase a la Caja Real sus joyas personales. En septiembre del mismo año el mencionado tribunal convocó una junta de gobierno a pedido del virrey, quien prometía todo al comercio asegurando conceder cualquier tipo de privilegios y especulaciones mercantiles al tribunal consular, pero el gremio comercial dio una respuesta «fría e insignificante». Esta frase del virrey comienza a notar síntomas de desagrado del Tribunal del Consulado, al cual al parecer la figura del virrey no le prometía garantía alguna de devolución y éxito en la campaña militar. A pesar de todo el virrey los exhortó a animar a los españoles dueños de barcos a salir al mar y traer alimentos a la ciudad. El tribunal accedió y mandó imprimir los premios y las proclamas ya conocidas.

La división entre las élites virreinales era evidente, en alguna medida, aunque no se cuestionaba el régimen de comercio libre de manera tan directa como dañoso y se buscaba otros socios comerciales tratando de explotar la imagen que el Perú tenía ante la comunidad internacional. Así lo hizo saber la Junta Permanente de Arbitrios, que se pronunció a observar el reglamento de libre comercio:

Muchos son los que han hablado de la riqueza del Perú, ya ponderando la abundancia de metales que producía sus minas, en especial los del decantado cerro de Potosí... por todas partes resuena el nombre de este país como símbolo de riqueza y es tal la idea que en todo el mundo se tiene formada de que siempre ha excitado envidia de todas las naciones extranjeras, y estimulando la ambición de sus súbditos... ¿será posible que en momento tan crítico... ¿será posible que no saquemos partido de estas ventajas... y la gran reputación del Perú en los países extranjeros? (Archivo de Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores: Libro de asientos y observaciones. LTC 31)

El principal riesgo, en opinión del Tribunal del Consulado, era que el comercio libre había dañado mucho la relación entre las dos naciones,

y perjudicó a la península. Inglaterra podría reemplazar a España en dicho comercio, con el saldo negativo de poder quedarse para siempre. Aunque se cuestiona el libre comercio, ya era muy tarde para ello:

nada tenemos que no lo pongamos a los augustos pies de su majestad por deber y por amor. Pero como si no dudamos el comercio libre trae todos los males que en parte se han expuesto en las reflexiones, destruyendo la península y estos dominios, rogamos a su vuesa merced y su paternal amor que dicte la ley que pedimos, pues si los ingleses consiguen el permiso que intentan será difícil abandonar una medida que los ha de enriquecerse a proporción de lo que empobrece a los españoles. (Archivo de Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores: Libro de asientos y observaciones. LTC 31)

A pesar de lo sombrío, el Tribunal del Consulado continuó prestando apoyo, ante la amenaza inglesa que buscaba el permiso para negociar por el término de dos años que se le dé libre entrada por el puerto del Callao a todo barco bajo bandera inglesa (que el rey rechazó). El tribunal prometió auxiliar a la Real Hacienda con la suma de 73 500 pesos y así «evitar el desplome universal de esos dominios» (Archivo de Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores: Libro de asientos y observaciones. LTC 31). Sin embargo, nada pudo evitar el contrabando inglés y de otros países que ingresaba de manera escandalosa sus manufacturas en el virreinato.

5. LA RESPUESTA CÍVICO-MILITAR. LOS FINANCIAMIENTOS DE GUERRA

Ante el desastre que el comercio ilegítimo producía entre los grandes comerciantes, el Tribunal del Consulado continuó con sus aprestos de guerra. El móvil de su giro comercial se lo exigía, así como el miedo a perder su estatus de poder institucional. «El contrabando es inevitable. ¿Cómo ha de haber dinero en el Perú si con todo cargan los ingleses?» (Archivo de Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores: Libro de asientos y observaciones. LTC 31). A pesar de la situación del comercio de Lima el consulado ofreció al virrey la suma de 400 000 pesos, que

comenzaron a ser efectivos al depositarlos en la real caja, como lo aseguraba el mismo tribunal.

Tres fueron las medidas tomadas por el Tribunal del Consulado para hacer frente a la guerra de los insurgentes:

1. El cobro de los cupos de guerra
2. Los premios monetarios a quien matase rebeldes
3. Administración de los nuevos impuestos

6. LOS CUPOS DE GUERRA

Para financiar la guerra contra los insurgentes, se establecieron cupos forzosos entre los pobladores de los cuales se conocía que poseían algún tipo de caudal elevado (Flores, 2010; Haro, 2019). Fueron establecidos en el contexto de la crisis del imperio español. La respuesta a cómo se enteraron del capital que poseían está en que el Tribunal del Consulado en su última etapa institucional permitió que se colocaran depósitos en sus arcas como un depósito bancario y cobraba una suma por el resguardo. Es evidente que tenía conocimiento de los capitales que poseían las familias limeñas. Además, el integrar la Junta General de Tribunales, en la cual se involucraron varias instituciones del Estado, le permitía conocer los patrimonios que poseían.

Muchos comerciantes fueron afectados, el negarse equivalía a entrar a prisión. Es el caso de Lino de la Barrera y Hernández, quien al hallarse en Lima se vio obligado a pagar el cupo de guerra. Era un comerciante de Panamá y residente en Lima. Como se encuentra en su testimonio, se hallaba en la quiebra, en ruinas. Aun así, se le exigió pagar el cupo. El comerciante envió una petición el 30 de septiembre de 1820 solicitando al Tribunal del Consulado se le rebaje el cupo que se pedía para auxiliar a los realistas (Archivo General de la Nación. Sección Tribunal del Consulado. Petición de Lino de la Barrera al Tribunal del Consulado. Signatura anterior varios, legajo 146), el comerciante argumentaba que la invasión de los argentinos desde Buenos Aires había sido fatal para su comercio y en tres años se había «comido todo su capital». Lo más trágico era que tenía familia, esposa e hijas, además se encontraba enfermo con pleuresía. El Tribunal del Consulado reconocía los

servicios de Lino de la Barrera por ser puntual en el pago de cupos a favor del rey; sin embargo, fue inflexible:

a pesar de ser un buen colaborador y llano a dar siempre su cupo y que su petición está fundada y es digna de consideración, las presentes circunstancias de los fieles vasallos sus particulares erogaciones, que el sumario de ellos hace en todo de absoluta necesidad para el sostén de nuestro tiempo. (Archivo General de la Nación. Sección Tribunal del Consulado. Petición de Lino de la Barrera al Tribunal del Consulado. Signatura anterior legajo 146)

Sin miramientos se le impuso 500 pesos de cupo, al final Lino de la Barrera solo pudo dar 200 pesos.

7. LOS PREMIOS MONETARIOS DEL GREMIO COMERCIAL A QUIEN MATASE REBELDES

La guerra de los insurgentes resultaba muy costosa al erario, la monarquía en la península atravesaba otra crisis, por ello era imposible defender sus alejados dominios ultramarinos. Se tuvo que recurrir al aporte de los mismos criollos para que financiasen la defensa de los territorios, era en términos monetarios menos costoso para la monarquía (Morales, 2013). Defender una causa perdida no estaba en los planes del gremio de comercio. Entre sus planes ofensivos se encontraba invocar a la religión católica para excitar el espíritu entre los habitantes de la capital con una argumentación política y bíblica:

Llegó el tiempo de que os hable el Tribunal del Consulado, para excitar el valor y triunfo de las armas españolas. Sois cristianos y sois instrumentos de la divina providencia decididos a pelear por nuestra sagrada causa. (Morales, 2013, p. 205)

En su afán de influir interés en su invocación, se acordó otorgar premios de guerra por la muerte de los insurgentes en distintas escalas o capturadores de armamento.

Tabla 2

Relación de premios que deben pagarse para ejecutar rebeldes y agresores. Año 1820 (pesos de 8)

Concepto	Valor
Derrota completa del enemigo	200 000
Por romper o desordenar la línea enemiga	20 000
Por apoderarse de una batería	30 000
Por inutilizar un cañón	1000
Al primero que llegue a una batería o pieza de artillería	600
Por cada bandera que se tome al enemigo	1000
Por batir al enemigo con un tercio menos de fuerza	10 000
Por defender el puesto hasta perder entre muertos y heridos el 50 %	8000
Por contener fuerzas muy superiores	8000
A toda viuda y madre o hermana de sargentos fallecidos en acción de guerra	300
A toda viuda y madre o hermana de cabos y soldados fallecidos en acción	150
Al sargento inutilizado	300
A cabos y soldados inutilizados	150
Al enemigo que se pasa a favor del rey con armas	100
Al enemigo que se pasa a favor del rey sin armas	60

Fuente: Morales (2013).

Tabla 3

Premios que deben pagarse por capturar buques enemigos. Año 1820 (pesos de 8)

Concepto	Valor
Aquel que capturase la fragata Isabel, San Martín o el Lautaro por c/u	50 000
Por capturar 2 buques	150 000
Por capturar 3 buques (lo mismo si lo hicieren los enemigos)	200 000

Fuente: Morales (2013).

8. ADMINISTRACIÓN DE LOS NUEVOS IMPUESTOS

El Tribunal del Consulado administraba derechos antiguos y nuevos para su propia subsistencia. El derecho de ordenanza era el más antiguo, fue establecido en sus ordenanzas (ordenanza 30) para pagar los salarios de su cuerpo directivo, se le conocía también como derecho de avería. Consistía en cobrar «un dos por mil sobre el valor de todas las mercaderías que entrasen y saliesen por mar» (Smith, 1948, p. XLIV).

El derecho de impuesto fue establecido en el año 1777 por el rey para solicitar al consulado la suma de millón y medio de pesos. El impuesto recaudaba el 1 ½ % sobre la plata y ¾ sobre el oro que salía del puerto del Callao.

El derecho de corsarios fue creado en el año 1805 y consistía en recabar ¼ % de lo ya cobrado por el derecho de ordenanza e impuesto de plata y oro (Smith, 1948). El objetivo del impuesto era armar barcos en corso como la fragata Paz, que se compró a la Real Compañía de Filipinas.

El derecho patriótico se estableció en el año 1809 debido al donativo otorgado de un millón de pesos a favor del rey, se cobraba a todos los efectos que se giraran por mar y tierra.

En cuanto al derecho de subvención, se estableció en 1805. A esto hay que agregar los derechos de igualación, arbitrios, reemplazos, derecho de armamentos y ½ % cedidos a corsarios (Smith, 1948).

Tabla 4

Cuenta de la Aduana de Huaura. Años 1818-1820

Principales	Ordenanza	Corsarios	Subvención	Patriótico	Armamento	Reemplazos	Total
E. 56490	847.3	423.5.4	847.2.6	847.2.6	706.1	564.7	4236.6
S. 9820	98.1.4	73.4.4	147.2.2	147.2.2	122.6	98.1.4	687.2
	945.4.4.	497.2	994.5	994.5	828.7	663.0.4	4924

Fuente: Cuenta presentada por don Toribio Antonio Calvo, exadministrador de la Aduana de Huaura, relativa a los derechos de ordenanza, corsarios, subvención, patriótico y reemplazos. Años 1818-1820. Archivo General de la Nación. Sección Tribunal del Consulado: legajo 152. Signatura anterior.

Nota. E = entrada, S = salida.

La forma de imponer el cobro fue tomada a un interés de 500 000 pesos en 1000 libramientos patrióticos repartidos en el año 1815. A todas las clases del Estado 350 000, en prorrata a los individuos del comercio en 1 816 200 pesos.

9. LA CÁMARA DE COMERCIO DEL PERÚ

El 18 de julio de 1821 el cónsul Manuel de Gorbea le envió una carta al marqués de Montemira, en ella le informa sobre lo acéfalo que ha quedado el tribunal debido a que el prior se encontraba en un barco anclado en el puerto del Callao, por lo que solicitaba se convocase a los antiguos priores jubilados para asumir el cargo (Tauro, 1971, p. 12). Luego de informar al protector José de San Martín su total respaldo, el Tribunal del Consulado decidió contribuir con la república. La respuesta del protector no se hizo esperar, de inmediato solicitó al consulado la suma de 150 000 pesos para atender gastos urgentes del Estado. Finalmente, el Tribunal del Consulado a pesar de reiterar que dispondría su ingreso en las cajas del Estado, solo pudo informar que podía entregar la suma de 30 000 pesos.

Hasta el día 7 de marzo de 1822 el Tribunal del Consulado conservaba su antiguo nombre, el día anterior por decreto supremo del 6 de marzo se le adjudicó el de Cámara de Comercio del Perú. Su simbología fue cambiando, el prior pasó a ser presidente de la Cámara; y los cónsules, vocales de ella (Morales, 2013).

La entidad tendría un nuevo sello y escudo, todo dispuesto en un espacio circular, conservaría sus antiguas prerrogativas de comercio, pero con mandato republicano. El nuevo escudo mostraba lo importantes que eran el comercio y la minería al llevar inscrito alrededor de la Cámara de Comercio del Perú: «Al fondo una montaña con un sol naciente, barcos con despliegue de velas, un ancla, la vara de Mercurio el dios del comercio» (Morales, 2001, p. 84).

A continuación, reproducimos el sello publicado en otro estudio anterior (Morales, 2001).

Figura 1

*El sello del Tribunal del Consulado de Lima en la época republicana (1822-1825)
Escudo de la Cámara de Comercio del Perú*



Fuente: Morales (2001).

La nueva imagen de la entidad se vio reflejada en los documentos oficiales. El 30 de abril de 1822 se hizo saber que el nuevo escudo de armas se encontraba colocado en todos los edificios que poseía la Cámara de Comercio, y que el papel de su despacho contaba con el respectivo sello institucional.

En esta nueva etapa, la Cámara de Comercio protegió la experiencia de sus empleados como en el caso del archivero Joseph de Zaldívar, quien era español peninsular de origen. Ante el intento de Antonio Baeza de querer dicha plaza, el tribunal defendió a su antiguo empleado, no por ser español, sino por tener experiencia en el trabajo y además estar casado y tener una familia.

10. EL TRIBUNAL DEL CONSULADO DE LIMA: LA IMPORTANCIA Y LA CUSTODIA DE SUS FUENTES

El Real Felipe pudo servir de repositorio de los archivos del Consulado de Lima, aunque no fue su principal función. Los archivos cambiaron de ubicación, como se ha explicado en otra obra, el Consulado de Lima estuvo en la calle Mercaderes, pasando por el Palacio del Virrey, el Real

Felipe, la Biblioteca Nacional, el Palacio de Gobierno, el Palacio de Justicia; y, además, en el extranjero en el Archivo General de Indias de Sevilla.

Se debe recordar con Pejovés (2016) que, en el 2001, se concluyó la reorganización del archivo —fondo— del Consulado de Lima, el cual pasó a formar parte del Archivo General de la Nación (AGN). El fondo está dividido en cuatro secciones: gobierno, gremial, judicial y cinco gremios mayores de Madrid.

Pejovés (2016) explica que cuando se produjo la disolución del Consulado de Lima en 1887, sus archivos pasaron a formar parte del Ministerio de Hacienda, y en 1890 fueron trasladados al Archivo Nacional. «En 1897 cuando el Archivo Nacional era dirigido por Luis Benjamín Cisneros, parte del Archivo del Consulado fue trasladado al Ministerio de Relaciones Exteriores por gestión de Alberto Ulloa» (p. 7). Para mayor ahondamiento se puede revisar el artículo sobre el Archivo del Real Tribunal del Consulado de Lima en referencia (Morales, 2011).

11. CONCLUSIONES

1. El comercio marítimo se fortaleció con la justicia de los tribunales del consulado por influencia de las prácticas de los comerciantes sobre el mar que le sirvieron de base para sus causas. El esfuerzo de juristas como Antonio de Capmany dio a conocer dichas prácticas, ello fortaleció el derecho marítimo y la historia del derecho.
2. El estudio comparado de las fortalezas del Real Felipe y San Juan de Ulúa sirve para explicar el gobierno del mar. Para dicha finalidad, la Corona española no solo se agenció de cuerpos normativos, sino además de fortalezas, esto es, infraestructura marítima que resista a los embates de corsarios y piratas.
3. El proceso de integración del tiempo histórico colonial y republicano, representado por el fidelismo del Tribunal del Consulado de Lima a las fuerzas realistas y el advenimiento de la República ocasionó que el Tribunal del Consulado busque adaptarse al nuevo régimen político administrativo de la independencia, lo cual se tradujo en la creación de la Cámara de Comercio del Perú.

REFERENCIAS

- Archivo de Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sección TC 23 (Libro copiador de oficios del Real Tribunal Consulado de Lima) (1798).
- Archivo General de la Nación. Tribunal del Consulado. Sección Contaduría Correspondencia. Legajo 29 (signatura anterior).
- Basadre, J. y Ferrero, R. (1963). *Historia de la Cámara de Comercio de Lima*. Cámara de Comercio de Lima.
- Blázquez, C., Galindo, G. A. y Teodoro, R. (2019). *Veracruz. Puerta de cinco siglos 1519-2019*. Editores Índice Fons.
- Costa, P. (2017). *La polisemia de perulero: un rastreo diacrónico de una voz castellana entre los siglos XVI y XIX* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de Tesis PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12049>
- Flores, R. (2010). Fiscalidad y gastos de gobierno en el Perú borbónico. En Chocano, M., Contreras, C., Quiroz, F., Mazzeo, C. y Flores, R., *Compendio de historia económica del Perú: Tomo 3. Economía del período colonial tardío* (pp. 295-380). Banco Central de Reserva del Perú; Instituto de Estudios Peruanos.
- Haro, D. de (2019). Para ganar la guerra: el *Padrón General de Contribuyentes de Lima* (1821) y la política liberal del virrey La Serna. *Revista de Indias*, 79(275), 197-233.
- López, G. (1789). *Las siete partidas del rey don Alfonso el Sabio: glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de las Indias de S. M.* Oficina de Benito Cano.
- Mediateca INAH (2022, 22 de abril). *Fuerte de San Juan de Ulúa*. https://mediateca.inah.gob.mx/islandora_74/node/5428
- Morales, C. (2001). Aplicación de la norma ISAD (G) en la descripción de los fondos históricos del archivo colonial: el fondo documental. Tribunal del Consulado de Lima. *Revista del Archivo General de la Nación*, 23(1), 77-100.

- Morales, C. (2011). Archivos e historia del Perú. El Archivo del Real Tribunal del Consulado de Lima, época colonial y republicana. *Síntesis Social. Revista Estudiantil de Investigaciones Histórico-Sociales*, (2), 29-32.
- Morales, C. (2013). Entre la espada y la moneda. La reacción colonial ante el proceso de la independencia. El Tribunal del Consulado de Lima. En *Hacia el Bicentenario de la Independencia (1821-2021). Actas del III Congreso Internacional Vicente Morales y Duárez. Las Cortes de Cádiz* (pp. 195-214). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vicerrectorado de Investigación. Fondo Editorial.
- Parrón, C. (1995). *De las Reformas Borbónicas a la República: el Consulado y el comercio marítimo de Lima, 1778-1821*. Imprenta de la Academia General del Aire.
- Pejovés, J. A. (2016). *El Tribunal del Consulado de Lima: valoración histórica e importancia de su participación en la solución de controversias mercantiles y marítimas entre los siglos XVII y XIX* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Cybertesis Repositorio de Tesis Digitales. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/15140/Pejoves_mj.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Pezuela, J. de la (1947). *Memoria de gobierno*. Escuela de Estudios Hispanoamericanos.
- Serna, M. (2014). El derecho marítimo de Barcelona en tiempos de Antonio de Capmany. *Barcelona Quaderns d'Història*, (21), 43-59, <https://raco.cat/index.php/BCNQuadernsHistoria/article/view/305496>
- Smith, R. (1948). Estudio histórico del Consulado de Lima 1593-1887. En Ministerio de Hacienda y Comercio. Archivo Histórico, *El índice del Archivo del Tribunal del Consulado de Lima* (pp. XIII-LIX). Talleres de la Empresa Tipográfica Salas e Hijos.
- Tauro, A. (ed.). (1971). *Tomo XXI. Asuntos económicos. Volumen 1. Informes y oficios del Tribunal del Consulado*. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú.

Torres, C. (2023). El «Consulado del mar» y la Marina en la España de la Edad Media. *Revista Española de Defensa*, (405), 62-63. <https://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/red/2023/05/p-62-63-red-405-me-dieval.pdf>

Unanue, J. H. (1985). *Guía política, eclesiástica y militar del Virreynato del Perú para el año de 1793*. Cofide.

Zambrana, P. (2016). La historia: un lugar común para el derecho contractual marítimo europeo. Concreción de principios respecto al flete. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (38), 233-270. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552016000100009>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

Los autores declaran no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor Carlos Morales Cerón contribuyó con sus estudios de historia sobre el Tribunal del Consulado, con información de archivo e interpretación, en la redacción y la revisión del texto, así como en la aprobación final del texto. El autor Yuri Tornero Cruzatt contribuyó con sus estudios jurídicos de historia del derecho, con información de archivo e interpretación, en la redacción y la revisión del texto, así como en la aprobación final del texto.

Agradecimientos

Los autores agradecen a las autoridades del Archivo de las Indias en Sevilla y del Archivo de la Nación que permitieron revisar sus fondos. Para la sección del Real Felipe y San Juan de Ulúa se agradece la hospitalidad mexicana de la ciudad de Veracruz y la complementaria visita a las instalaciones del Real Felipe. Asimismo, un agradecimiento especial —en el marco de la cátedra de Historia del Derecho, que se desarrolló sobre el Real Felipe y San Juan de Ulúa, y la posterior conferencia con el apoyo de los estudiantes del curso— al Lic. Marcial Brayn Contreras Gonzalez, a la Lic. María Inmaculada Valverde Vallejos, al oficial de mar 3.^{er} Adm. MGP Diego Salas Cuba y al comunicador Manuel Ricci Upayacu, de México, y a la profesora Leidy Martínez Barradas. Las observaciones y las revisiones para la confección del presente manuscrito fueron posibles, además,

gracias a la contribución a este trabajo de Andrés Matayoshi Collazos, fundador del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho UTP.

Biografía de los autores

Carlos Morales Cerón, magíster en Historia por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del Departamento de Historia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú).

Yuri Tornero Cruzatt, doctor en Comparación Jurídica e Histórico Jurídica por la Universidad de Ferrara (Italia), magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Abogado y docente de postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Tecnológica del Perú. Asimismo, es asesor del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho UTP.

Correspondencia

yuritornero@gmail.com

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 399-428

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.858

De la recuperación democrática al riesgo de quiebre. La permanente inestabilidad peruana (2001-2022) y sus posibles causas

From democratic recovery to the risk of breakdown.
Peruvian permanent instability (2001-2022)
and possible causes

Da recuperação democrática ao risco de ruptura.
A instabilidade permanente do Peru (2001-2022)
e suas possíveis causas

IGNACIO GARCÍA MARÍN
Universidad Autónoma Metropolitana
(Ciudad de México, México)
Contacto: igarciam@cua.uam.mx
<https://orcid.org/0000-0003-2754-1934>

RESUMEN

La presente investigación analiza la trayectoria política del Perú luego de la recuperación de su democracia en 2001 hasta el fallido autogolpe de Castillo en 2022. En consecuencia, se examinan las principales características formales de su tipo de gobierno, los indicadores principales del sistema de partidos y las relaciones entre poderes en el período señalado. Así, este destaca por una creciente inestabilidad ejecutiva, en la que es cada vez más fugaz la permanencia de los jefes de Estado, los primeros y los ministros. Asimismo, el Congreso destacó por un progresivo distanciamiento y hostilidad, plasmado en un notable empleo de la

moción de censura y del juicio político, además de una elevada fragmentación y transfuguismo. Aparentemente, el diseño parlamentarizado del presidencialismo peruano en combinación con su inexistente sistema de partidos y el bajo compromiso democrático de los principales líderes políticos explicarían esta trayectoria, así como la gradual amenaza a la democracia que en este período se observa.

Palabras clave: Perú; democracia; presidencialismo; partidos políticos; parlamentarismo; Congreso.

Términos de indización: Perú; democracia; sistema político; partido político (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This study analyzes Peru's political trajectory after the recovery of its democracy in 2001 and until Castillo's failed self-coup in 2022. Accordingly, it examines the main formal characteristics of its form of government, the main indicators of the party system, and the relationships between powers during the period in question. Thus, this period stands out for growing executive instability, with the permanence of heads of state, premiers, and ministers being increasingly fleeting. Likewise, the Congress was characterized by progressive distancing and hostility, reflected in a notable use of the motion of censure and impeachment, as well as a high level of fragmentation and transfuguism. Apparently, the parliamentary design of Peruvian presidentialism, in combination with its non-existent party system and the low democratic commitment of the main political leaders, would explain the gradual threat to democracy observed in this period.

Key words: Peru; democracy; presidentialism; party politics; parliamentarism; legislative power.

Indexing terms: Peru; democracy; political systems; political parties (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Esta pesquisa analisa a trajetória política do Peru após a recuperação de sua democracia em 2001 e até o fracassado autogolpe de Castillo em 2022. Dessa forma, ela examina as principais características formais de sua forma de governo, os principais indicadores do sistema partidário e as relações entre os poderes no período em questão. Assim, esse período é notável pela crescente instabilidade executiva, com o mandato de chefes de estado, premiês e ministros se tornando cada vez mais efêmero. Da mesma forma, o congresso foi caracterizado por um distanciamento e hostilidade progressivos, refletidos em um uso notável de moções de censura e impeachment, além de um alto grau de fragmentação e transfiguismo. Aparentemente, o desenho parlamentar do presidencialismo peruano, combinado com a inexistência de um sistema partidário e o baixo compromisso democrático dos principais líderes políticos, explicaria essa trajetória, bem como a ameaça gradual à democracia observada nesse período.

Palavras-chave: Peru; democracia; presidencialismo; partidos políticos; parlamentarismo; congresso.

Termos de indexação: Peru; democracia; sistema político; partido político (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 14/9/2023

Revisado: 18/9/2023

Aceptado: 7/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

Tras la salida precipitada de Alberto Fujimori en el 2000, el Perú recuperó la institucionalidad democrática, se dio fin al «autoritarismo competitivo» (Levitsky y Way, 2002) de los noventa y a la excepcionalidad peruana —en la región— de no transitar íntegramente a una democracia liberal. Desde entonces, se han sucedido cinco elecciones generales y cuatro quinquenios presidenciales completados, aunque nueve jefes

de Estado y una décima si se considera el breve interinato de Mercedes Aráoz en 2019. De igual modo, surgió un nuevo escenario partidario, donde las fuerzas políticas previas a 1990 mostraron dificultades para ser competitivas e incluso presencia en el Congreso de manera independiente, destacó una elevada volatilidad electoral y variación de marcas políticas, aunque no siempre de candidatos.

En este período, se ha producido además un creciente distanciamiento entre el Congreso y el Ejecutivo, lo que se ha evidenciado en el incremento del número de mociones de censura a miembros del gabinete, intentos de vacancia presidencial o en la dificultad de los oficialismos de pergeñar coaliciones en la cámara. Este tensionamiento de las relaciones entre ambos poderes derivó en varias crisis políticas que llegaron a cuestionar incluso la continuidad democrática del país, el fallido golpe de Estado de Castillo en 2022 es su último capítulo. La sucesión de conflictos políticos no son necesariamente una excepción en la región (Jaramillo, 2023), pero el diseño parlamentarizado del presidencialismo peruano y la existencia de un sistema de partidos de muy baja institucionalización estarían generando una incremental inestabilidad tanto en el Ejecutivo como en el Legislativo, poniendo en cuestión el régimen democrático. Por ello, el presente texto intenta responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿qué papel jugaron el Ejecutivo y el Congreso en las crecientes tensiones políticas que se sucedieron en el Perú entre 2001 y 2022?

Por otro lado, se asume la hipótesis de que «la tensión creciente entre el Ejecutivo y el Legislativo en el Perú durante el período 2001-2022 es producto, principalmente, de su variante presidencial, de su inexistente sistema de partidos y de la carencia de un claro compromiso político por parte de los principales actores de ambos poderes». En consecuencia, se analizan estas variables desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo a lo largo de más de dos décadas de estudio con los indicadores habituales en materia de facultades constitucionales, actividad legislativa y del sistema de partidos.

En cuanto al orden del documento, se inicia con el análisis del presidencialismo peruano y su atípica configuración, para posteriormente acompañarlo de las consecuencias derivadas del inexistente sistema de partidos. En una segunda parte, se examinan los quinquenios sucedidos

entre 2001 y 2022 y las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. Finalmente, se responde a la pregunta de investigación y a la hipótesis planteada, así como su impacto en la literatura.

2. LA VARIANTE PRESIDENCIAL PERUANA Y SU SISTEMA DE PARTIDOS ¿INCENTIVOS PARA LA INESTABILIDAD?

2.1. El presidencialismo peruano

Una de las variables que pueden considerarse a la hora de analizar las crecientes tensiones políticas en el Perú es su forma de gobierno. Se trata de un régimen presidencial, donde la elección del jefe de Estado es directa por el pueblo, en comicios que es habitual que deriven en una segunda vuelta entre los dos contendientes más votados previamente¹. Este jefe de Estado es también de gobierno, y se crea la fusión monista de todo presidencialismo. Las elecciones, concurrentes con las legislativas, están fijadas en la Constitución, el mandato es de cinco años y con posibilidad de reelección no inmediata para ambos poderes para un período secundario (art. 112, CPP). El candidato a la presidencia es acompañado en la boleta electoral por dos vicepresidentes, los cuales tienen escasas atribuciones, por lo que su rol en la arena política peruana es habitualmente reducido.

Asimismo, el presidente cuenta con facultades limitadas en cuanto a veto u observación legislativa (total o parcial, art. 108, CPP), dada la únicamente necesaria mayoría absoluta en la cámara para superarlo. En caso de rehusarse a firmar y sancionar el proyecto legislativo (veto de bolsillo), es sustituido para tal efecto por el presidente de la cámara. En materia de decreto ha de destacarse el legislativo, pues supone una cesión material y temporal por parte del Congreso al Ejecutivo mediante ley autoritativa (art. 104, CPP).

No obstante, aunque desde el punto de vista del diseño constitucional pueda considerarse como de un régimen presidencial atenuado

1 Para evitar el balotaje es necesaria la obtención, por parte de una candidatura, de la mayoría absoluta en la primera vuelta, hecho no sucedido desde 2001.

(Campos, 2023), lo cierto es que la práctica diaria lleva a la convergencia con los regímenes semipresidenciales (García Marín, 2019). Ejemplo de ello es la existencia de un presidente del Consejo de Ministros (PCM o premier en adelante), el cual asume las funciones de coordinación, dirección y portavocía del gobierno, refrendo de los decretos ejecutivos y proposición ante el presidente de la república del nombramiento o cese de los ministros (art. 122, CPP). El premier a su vez es nombrado por el jefe del Estado, pero requiere tanto de la aprobación necesaria del Congreso de la República en un plazo máximo de treinta días (moción de confianza) como apoyo tácito para continuar posteriormente en el cargo (moción de censura o derrota en cuestión de confianza; art. 132, CPP). Su salida, sea por renuncia, moción o cese por el jefe de Estado supone una crisis total del gabinete (art. 133, CPP), aunque en numerosas ocasiones su salida anticipada se ha relacionado más con un intento de personificar en su figura el desgaste político que en la búsqueda de un nuevo gabinete consensuado con el Congreso. De igual modo, los ministros también pueden ser cesados por el Legislativo mediante moción y tienen la obligación de acudir a sede parlamentaria si son requeridos para interpelación (art. 131, CPP). Huelga decir que tanto la existencia del premier como de la moción parlamentaria a miembros del gabinete es excepcional en la región y una clara parlamentarización orgánica².

Asimismo, el artículo 120 (CPP) promueve el gobierno colegiado, propio de los regímenes parlamentarios, al establecer la nulidad de los actos presidenciales que no cuenten con refrendo del gabinete. Igual sucede con la disolución parlamentaria (art. 134, CPP), la cual es habilitada al jefe del Estado una vez que dos o más de los premieres de su mandato hayan sido removidos por el Congreso³. Es, pues, un freno ante

2 Ningún otro régimen latinoamericano establece una figura similar a la del premier peruano. En cuanto a la moción, solo Colombia y Uruguay habilitan esta facultad al Congreso.

3 Salvo si el Congreso se encuentra en el último año de su mandato quinquenal, donde ya no puede ser disuelto. En caso contrario, la disolución conlleva la convocatoria de elecciones en un período de ciento veinte días. Los nuevos congresistas completarán el período que estuviera por vencer para recuperar la concurrencia electoral.

la hipotética insistencia legislativa en el cese de los PCM y un elemento racionalizador de su parlamentarización.

La relación entre los poderes desde su diseño constitucional es por tanto la de un régimen híbrido o parlamentarizado, donde el Ejecutivo cuenta con la existencia de un PCM sujeto a la confianza del Congreso y con la no habitual facultad presidencial de disolución congresual. Resultado de ello, el jefe de Estado requiere de cierta mayoría en la cámara de tal manera que logre desplegar sus facultades constitucionales, pero, también, para dar estabilidad a su gobierno y dominar mínimamente la actividad legislativa, primordialmente en materia de control político. Dada además la unicameralidad, bajo número de miembros (130 escaños desde 2011, previamente 120) y considerables capacidades de investigación e interpelación (arts. 96 y 97) del Legislativo, se puede producir una significativa incidencia en la dirección y la estabilidad del Ejecutivo por parte del Congreso en situaciones de gobierno dividido, tónica habitual desde 2001.

Este contexto se ve refrendado por el análisis comparado, ya que las investigaciones al respecto tienden a considerar al Perú como un presidencialismo atenuado (García Belaunde, 2009; García Marín, 2019; Meléndez, 2007), con un presidente moderado en cuanto a atribuciones y capacidad de incidencia en la actividad legislativa (Alcántara *et al.*, 2005a, 2005b; Jones, 2002; López Velarde, 2018; Payne, 2006).

2.2. El sistema de partidos peruano entre 2001 y 2022

Una segunda variable que ha determinado la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo peruano en el período de estudio es el sistema de partidos, el cual tiende a ser considerado inexistente o de muy baja institucionalización por parte de la literatura (García Marín, 2019; Meléndez, 2007; Levitsky y Cameron, 2003; Levitsky y Loxton, 2018; Tanaka, 2015; Tanaka y Vera, 2010; Tuesta Soldevilla, 2017).

En efecto, desde las elecciones generales de 1990, donde Alberto Fujimori resultó electo y durante su década de autoritarismo competitivo, el sistema de partidos entonces existente entró en fuerte descomposición y realineamiento (Tanaka, 1998; Tuesta Soldevilla, 2008), que

derivó en un estado de indefinición que aún no parece haber encontrado estabilidad. Ejemplo de ello, y tomando el año 2001 como punto de inicio, se han producido seis elecciones parlamentarias, todas ellas han tenido una distinta fuerza partidaria como la más votada. Asimismo, en ninguna de estas el oficialismo logró la mayoría absoluta en la cámara y las coaliciones fueron escasas, inestables y de breve data; es, por lo tanto, habitual la práctica del gobierno dividido. De igual modo, ningún presidente logró la reelección y, en varias ocasiones, ni siquiera logró presentar un candidato a la elección posterior (APRA en 2011, Nacionalismo en 2016, PPK en 2021).

Tabla 1

Primeras fuerzas parlamentarias tras cada elección y porcentaje de escaños

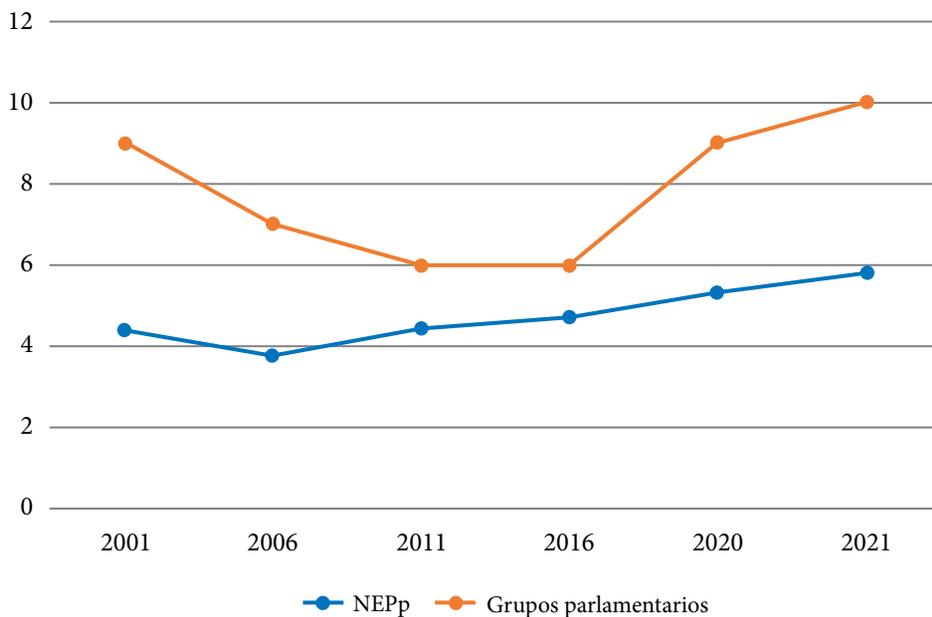
Año	Primera fuerza*	Segunda fuerza*	Tercera fuerza*	Oficialismo
2001	Perú Posible (37.5)	APRA (23.3)	Unidad Nacional (14.1)	Perú Posible
2006	Unión por el Perú (37.5)	APRA (30)	Unidad Nacional (14.1)	APRA
2011	Gana Perú (36.1)	Fujimorismo (28.4)	Alianza Perú Posible (16.1)	Gana Perú
2016	Fujimorismo (56.1)	Frente Amplio (15.3)	PPK (13.8)	PPK
2020**	Acción Popular (19.2)	APP (16.9)	FREPAP (11.5)	Sin partido
2021	Perú Libre (28.4)	Fujimorismo (18.4)	Acción Popular (12.3)	Perú Libre

Nota. * Se refiere a los escaños obtenidos al momento de la conformación del Congreso; ** elecciones parlamentarias extraordinarias.

La fragmentación fue marcadamente elevada, y vino acompañada de una muy cambiante conformación de los grupos parlamentarios durante el transcurso de los períodos legislativos de un mismo quinquenio por el frecuente transfuguismo, lo que incrementó la atomización de la cámara. Esta situación cuestionó el sentido del voto de los ciudadanos, pero también la capacidad de predicción de la actividad legislativa, ya que esta eclosión de nuevas agrupaciones en el Congreso se acompañó de una limitada cohesión entre sus miembros. Como ejemplo de la

progresiva descomposición de las bancadas por la mencionada práctica del transfuguismo véanse dos grupos parlamentarios oficialistas: en 2011 Humala alcanzó la presidencia y su agrupación Gana Perú se ubicó como la primera minoría con 47 escaños. Sin embargo, al final del último período legislativo del quinquenio, su bancada apenas se situaba en 26 curules, era entonces la segunda fuerza en el Congreso. En 2016, PPK y su fuerza partidaria homónima inician el primer período legislativo con 18 escaños, pero esta organización se disuelve a inicios de 2019 después de sufrir la salida de más de la mitad de sus curules en los períodos anuales previos.

De ahí que a la baja institucionalización de los partidos y al gobierno en minoría tenga que acompañarle el necesario análisis de la evolución de los grupos parlamentarios y de la capacidad de sus líderes para determinar la agenda de sus organizaciones, hecho frecuentemente cuestionable. Súmese, no obstante, que este escenario vino acompañado de una volatilidad tanto parlamentaria como presidencial que se sitúa entre las más altas de toda la región para el período de estudio (Duárez, 2022; García Marín, 2021) y una escasa profesionalización de la política, pues a pesar de que hasta 2018 se permitía la reelección indefinida de los congresistas, muy pocos de estos lo lograban (Muñoz y Guibert, 2016; Paredes y Encinas, 2020), dada la mencionada volatilidad y precariedad de las organizaciones partidarias. También hay que destacar el éxito electoral repentino y fugaz de candidatos *outsiders* —Humala, Castillo—, de perfil tecnocrático y aparentemente no partidario —PPK—, o de organizaciones políticas de inesperado éxito —Alianza por el Gran Cambio, FREPAP, Perú Libre—.

Figura 1*Evolución del número efectivo de partidos parlamentarios entre 2001 y 2022*

Nota. Se empleó la siguiente fórmula $NEPp = 1 / \sqrt{(\sum(\text{voto } i^2))}$ (Laakso y Taagepera, 1979).

Por ello, las organizaciones partidarias, salvo muy escasas excepciones —APRA, fujimorismo—, destacaron por una débil estructura organizativa (Muñoz, 2021; Vergara y Watanabe, 2016); bajos lazos programáticos con el electorado y entre sus propios miembros (Tuesta Soldevilla, 2017); y dificultades para lograr representación parlamentaria en comicios consecutivos. Algunos presidentes como Vizcarra y Boluarte podría considerarse que gobernaron sin una verdadera bancada propia, aunque PPK y otros presidentes pudieran también sumarse a esta lista. Esta trayectoria dibuja un escenario partidario donde el protagonismo recayó en meros vehículos electorales al servicio de determinados líderes o sectores (Barrenechea y Vergara, 2023; Levitsky y Way, 2002), limitada nacionalización electoral y baja institucionalización del sistema de partidos.

Esta variabilidad parlamentaria se replicó a nivel presidencial. Todos los jefes de Estado electos necesitaron de una segunda vuelta, las campañas electorales giraron entre el personalismo del candidato y el miedo a

que ganaran otras opciones —especialmente en torno al clivaje fujimorismo vs. antifujimorismo o socialismo vs. neoliberalismo— y, salvo García, los demás presidentes tuvieron variados episodios de falta de entendimiento con su propio grupo parlamentario, conformados en ocasiones por congresistas no afiliados siquiera (Corvetto, 2014). Las estimaciones de voto de los candidatos a la jefatura del Estado fueron cambiantes durante los meses e incluso semanas previas a la elección (Tuesta Soldevilla, 2017), dificultando una vez más un análisis certero sobre los contendientes que protagonizaron cada balotaje, a excepción del fujimorismo, pues logró alcanzar la segunda vuelta en las elecciones de 2011, 2016 y 2021 y ha sido consistente en cuanto a apoyos electorales desde entonces. Esta situación revela a su vez no solo su estabilidad competitiva, especialmente en el contexto peruano, sino también la capacidad que mostraron los ganadores de estos procesos electorales para atraer votantes no fujimoristas que prestaran su apoyo con este fin.

Así, los resultantes ganadores comenzaron su andadura con bajos niveles de apoyo parlamentario —los votos prestados no se plasmaron en votos al oficialismo durante la primera vuelta— y con cierto desencanto popular (Duárez, 2022; Vergara y Watanabe, 2016). A ello súmese la tendencia a las victorias presidenciales ajustadas: si en 2001 Toledo ganó la elección con un diferencial de 6.16 puntos porcentuales, en 2006 García lo logró con 5.26 %, Humala en 2011 con 2.88 %, PPK en 2016 con 0.24 % y Castillo en 2021 con 0.26 %, estas vinieron acompañadas además de cuestionamientos por parte del fujimorismo sobre la limpieza de las elecciones (Muñoz, 2021). Estos ajustados resultados exhibieron polarización y división, pero también presidentes que debieron buscar apoyos en numerosas organizaciones partidarias que no llegaron al balotaje. La concentración del voto en la primera vuelta, no obstante, arrojó patrones algo más institucionalizados, siguiendo una tendencia más regional:

Tabla 2

Concentración del voto entre la primera y la segunda candidatura presidencial por año de elección

Año	Concentración del voto
2001	62.28 %
2006	54.93 %
2011	48.45 %
2016	60.91 %
2021	32.3 %

Es, por tanto, un sistema de partidos en formación, de baja institucionalización, y donde salvo el fujimorismo es difícil identificar a una agrupación partidaria que en el período de tiempo analizado —2001-2022— haya mostrado una cierta capacidad de estructurarse y competir de manera estable, especialmente si se consideran tanto comicios legislativos como presidenciales. No obstante, el propio fujimorismo empleó diversas marcas electorales en este período —Cambio 90, Alianza por el Futuro, Fuerza 2011, Fuerza Popular—, tuvo un rol secundario en los primeros años del siglo y, tras las elecciones de 2020 y de 2021, nuevamente perdió capacidad de veto en la cámara.

3. DE 2001 A 2022: CINCO PERÍODOS PRESIDENCIALES DE RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO QUE TRANSITARON ENTRE LA COOPERACIÓN Y EL CONFLICTO

En efecto, entre 2001 y 2022 se llevaron a cabo cinco elecciones generales y una elección extraordinaria al Congreso. Sin embargo, este período de estudio destacó por una creciente inestabilidad en el Ejecutivo y en el Legislativo y por un incremental choque entre poderes que culminó con el autogolpe de Castillo en noviembre de 2022. Para una rápida contextualización, véase la siguiente tabla 3:

Tabla 3

Listado de presidentes de la República del Perú entre 1990 y 2022

Año llegada	Año salida	Presidente	Llegada al poder	Motivo de salida
1990	2000	Alberto Fujimori	Elecciones libres	Huye del país
2000	2001	Valentín Paniagua	Sustitución constitucional	Fin de período de transición
2001	2006	Alejandro Toledo	Elecciones libres	Fin de período presidencial
2006	2011	Alan García	Elecciones libres	Fin de período presidencial
2011	2016	Ollanta Humala	Elecciones libres	Fin de período presidencial
2016	2018	Pedro Pablo Kuczynski	Elecciones libres	Renuncia
2018	2020	Martín Vizcarra	Sustitución por vacancia	Vacancia exitosa
2019	2019	Mercedes Aráoz*	Encargo del Congreso	Renuncia
2020	2020	Manuel Merino	Sustitución por vacancia	Renuncia
2020	2021	Francisco Sagasti	Sustitución constitucional	Fin de período presidencial
2021	2022	Pedro Castillo	Elecciones libres	Golpe de Estado fallido
2022	-	Dina Boluarte	Sustitución por vacancia	En el cargo

Fuente: elaboración propia con base en datos del Congreso de la República.

Nota. * Aunque su presidencia no fue reconocida interna e internacionalmente.

De igual modo, y como se discute a continuación, la inestabilidad en la jefatura del Estado vino acompañada y precedida por numerosos cambios en los ministerios y en la presidencia del Consejo de Ministros:

Tabla 4

Duración promedio en el cargo de los primeros ministros, ministros y jefes de Estado

Presidente	Duración del presidente	Logra completar mandato	Duración promedio del PCM y ministros	Mociones censura a PCM
Toledo	1825* días	Sí	365 días/25.7 días	No
García	1825 días	Sí	365 días/29.4 días	No
Humala	1825 días	Sí	260.1 días/27.23 días	Sí

PPK	608 días	No	304 días/15.2 días	Sí
Vizcarra	957 días	No	159.5 días/10.2 días	Sí
Merino	5 días	No	6 días/4.9 días	No
Sagasti	252 días	Sí	251 días/11.4 días	No
Castillo	497 días	No	99.4 días/6.45 días	No
Promedio:	974.25 días	-	226.25 días/16.3 días	-

Fuente: elaboración propia con base en datos de la Presidencia de la República.

Nota. * El mandato completo presidencial supone 1825 días.

En 2001 Toledo alcanza la presidencia luego de una clara victoria ante García, y con su fuerza política, Perú Posible, como primera minoría parlamentaria. No obstante, no ha de olvidarse que, durante el año previo, el país asistió a la renuncia desde el extranjero de Fujimori y su gobierno; la vacancia exitosa del Congreso contra este; y la sustitución constitucional de Paniagua con el mandato de convocar elecciones y realizar reformas constitucionales que garantizaran la recuperación de la senda democrática y la instauración de procesos electorales libres, competitivos y confiables.

Durante el mandato de Toledo se produjo una moderada cooperación con el Congreso, ayudada por la alianza PP-FIM y por la baja tasa de éxito de las medidas de control político auspiciadas por la oposición, caso de las mociones de censura a ministros —solo 1 de 9 reunió la mayoría calificada— o por la no presentación de vacancias. El fujimorismo tuvo un papel residual, dado su escaso apoyo electoral (1.7 %) y la verdadera oposición se fraguó en torno al APRA. La producción legislativa registró valores razonablemente balanceados entre ambos poderes del Estado (ver figura 1), lo que señala una clara ausencia de obstrucción parlamentaria y una cierta capacidad de pergeñar acuerdos *ad hoc*. Esto no fue obstáculo para que, en todo caso, se repitiera el patrón de inestabilidad en cuanto a los premieres y los ministros que se produjo en todo el período analizado: el período presidencial contó con cinco presidentes del Consejo de Ministros, tres de ellos sin afiliación partidaria (Dañino

Zapata, Merino Lucero y PPK) y con 71 cambios ministeriales (Corvetto, 2014). Perú Posible, al igual que otras muchas fuerzas partidarias registró una importante salida de congresistas durante el quinquenio, ya que inició con 45 escaños, pero finalizó con 32. El disenso interno llevó a una progresiva debilidad del oficialismo, el cual se vio obligado a retirar el proyecto de reforma constitucional que buscaba recuperar el bicameralismo por la propia división en su bancada y un marcado desgaste de la imagen del presidente y de su bancada.

En 2006, García alcanza su segunda presidencia de la república luego de su primer mandato entre 1985 y 1990. Durante este período es destacable una mayor disciplina parlamentaria del oficialismo, el aprismo fue estable en su composición (36) y como segunda minoría en la cámara. El fujimorismo y Unidad Nacional se configuraron como los aliados más estables en el Congreso, por lo que gracias a sus bancadas (13 y 17 escaños respectivamente), se aseguró cierto control de la agenda legislativa y confirmó el paulatino giro conservador del aprismo. Esto se plasmó en un éxito balanceado entre Ejecutivo y Congreso en cuanto a producción de leyes (figura 1), aunque esta tendió a la baja con respecto al período previo. Tampoco se registraron intentos de vacancia presidencial, si bien la inestabilidad ejecutiva volvió a plasmarse en numerosos cambios en los gabinetes: 61 ministros cambiaron de cartera o fueron cesados y cinco premieres ocuparon el cargo, cuatro de ellos pertenecientes al partido (Corvetto, 2014), lo que a su vez dibujó unos gabinetes menos independientes y más partidistas que cualquiera del período analizado. No obstante, García, al igual que Toledo, padeció de una creciente impopularidad social, sus apoyos en el Congreso tendieron a la baja, especialmente en el último año legislativo y desplegó un elevado uso del decreto y del veto, que derivó en una moderada anulación de estos, tanto por parte del Congreso como del Tribunal Constitucional (García Marín, 2021).

Humala resultó electo en las elecciones de 2011 y, al igual que Toledo y García, mediante balotaje y en su segundo intento consecutivo de ser presidente. El oficialismo se alzó como el gran ganador de los comicios parlamentarios (47 escaños), aunque la baja cohesión de sus miembros y las diferencias ideológicas lo ubicaron para finales del período en apenas 26 curules. El fujimorismo se instaló como principal oposición gracias a

su bancada (entre 37 y 34 escaños) y al fuerte apoyo electoral a Keiko, pues logró contender en el balotaje. No obstante, ya fuera por una oposición más estructurada e ideológica o por incapacidad del oficialismo, lo cierto es que durante este quinquenio se produjo un creciente distanciamiento entre poderes, lo que se mostró en una mayor obstrucción del Legislativo y una actitud más reactiva. Ejemplo de ello, el Ejecutivo contó con 7 premieres y 67 cambios ministeriales, el Congreso amenazó con un proceso de destitución al vicepresidente segundo, quien debió renunciar de manera preventiva, y removió exitosamente a la premier Ana Jara. La debilidad ejecutiva también se concretó en una decreciente tasa de éxito legislativo (véase figura 1) y en un muy bajo uso del decreto legislativo, el menor desde 1985 (García Marín, 2017; Levitt, 2012). El veto empleado en sus diferentes configuraciones —total, parcial— por el jefe de Estado fue superado en el 50 % de las ocasiones por la cámara y, como sus antecesores, finalizó el quinquenio con una muy baja valoración social (Paredes y Encinas, 2020) y dificultades para lograr apoyos elevados a sus premieres propuestos.

En 2016 alcanza la presidencia PPK y, con ello, inicia un nuevo período de creciente inestabilidad en el Ejecutivo, debilidad oficialista en la cámara y oposición más organizada y cohesionada para imponer su agenda. Muestra de ello, PPK renuncia a la presidencia luego de un segundo intento de vacancia que amenazaba con lograr la mayoría calificada en marzo de 2018. Su sucesor, el vicepresidente primero Martín Vizcarra, fue exitosamente vacado el 9 de noviembre de 2020, con dos crisis constitucionales previas. La primera, con el intento de sustitución congresual liderado por su vicepresidenta Mercedes Aráoz el 6 de mayo de 2020 y con apoyo de la cámara. La segunda, con la disolución del Congreso decretada por el propio Vizcarra el 30 de septiembre de 2019 y que tuvo que resolver el Tribunal Constitucional⁴. Este período presidencial, sin embargo, fue también protagonizado por Manuel Merino, quien

4 Resuelto mediante sentencia favorable al jefe del Estado, pero con cuatro votos favorables y tres singulares en enero de 2020, lo que generó cierta incertidumbre ante la convocatoria *de facto* de elecciones parlamentarias extraordinarias, aunque reforzó la popularidad de Vizcarra en detrimento del Congreso.

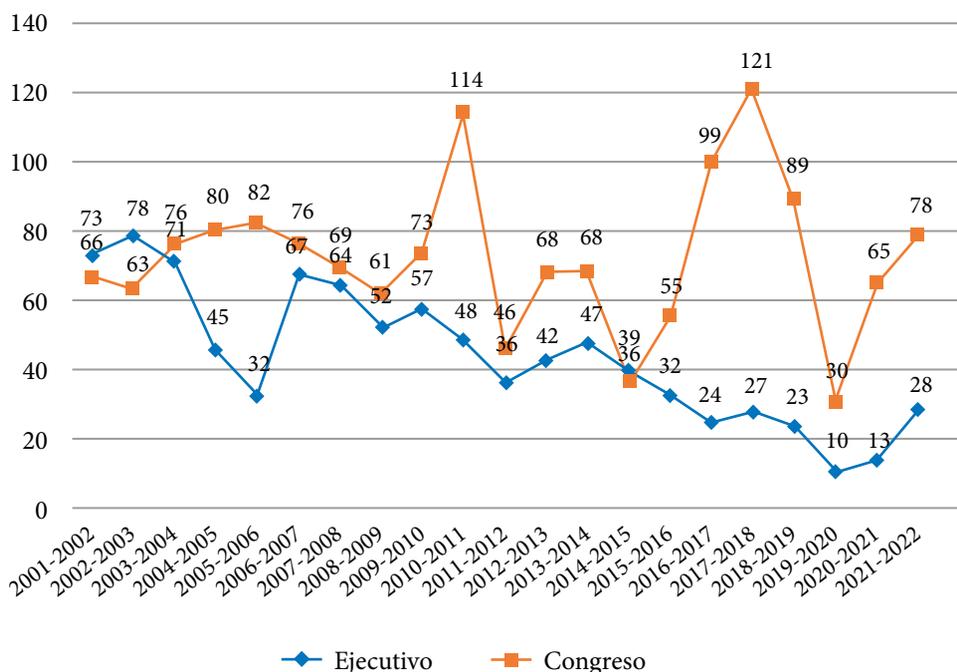
ocupó la presidencia durante apenas unos días (10-15 noviembre de 2020) y por Francisco Sagasti, quien finalmente completó el período. En total, hubo cinco jefes de Estado en el quinquenio y, como era de esperar, la debilidad parlamentaria del oficialismo se plasmó en una producción legislativa a la baja (figura 1) y elevados cambios en el gabinete (tabla 4).

No obstante, este período de elevada inestabilidad ejecutiva, abierto enfrentamiento entre poderes, intervención del Tribunal Constitucional y crisis política y social vivió sin embargo su cénit en la siguiente presidencia. En efecto, en 2021 es electo Pedro Castillo, *outsider*, líder de Perú Libre y con un discurso antiestablishment (Dargent y Rousseau, 2021) que igualmente le dio réditos en las elecciones parlamentarias, dado que el oficialismo se ubicó como primera minoría con 37 escaños. Durante su gobierno de dieciséis meses contó con 5 premieres y 76 cambios ministeriales, así como con una limitada producción legislativa en detrimento del Congreso (figura 1). Desde un inicio tuvo que enfrentar fuerte oposición en el Congreso y en los medios de comunicación (López-Lozano, 2022; Muñoz, 2021), exhibió dificultades para liderar al oficialismo, dado el protagonismo de otras figuras de su partido (Duárez, 2022), y presidió un gobierno con manifiesta carencia de perfiles técnicos y profesionales. Este panorama enseguida facilitó el debate en torno a su vacancia y debilidad ante la cámara, lo que, acompañado de acusaciones de corrupción e incapacidad, lo llevó a enfrentar dos procesos de destitución presidencial. Sin embargo, y justo antes de que el Legislativo se dispusiera a materializar un tercer intento, declaró la intervención del Poder Judicial —de entre otras instituciones—, la disolución del Congreso y la convocatoria de elecciones parlamentarias, decisiones para las que carecía de facultades constitucionales, y que intentaban emular el autogolpe de Fujimori de 1992. Tras el rápido fracaso de su intervención, fue vacado por el Congreso de la República y sustituido por la primera vicepresidenta, Dina Boluarte, quien además de destacar por una elevada represión a los manifestantes que protestaron contra la clase política (Barrenechea y Vergara, 2023), ni siquiera pertenece a Perú Libre ni puede afirmarse que cuente con una bancada propia en la cámara, lo que augura un difícil tránsito hasta la anunciada convocatoria anticipada de elecciones generales.

Por tanto, puede decirse que durante el período 2001-2022 el Perú vivió un proceso de creciente distanciamiento entre el Congreso y el Ejecutivo, que se plasmó en elevada inestabilidad gubernamental, decreciente dominio de la agenda legislativa por parte del oficialismo y variadas crisis políticas que pusieron en riesgo la institucionalidad democrática, especialmente con el autogolpe de Castillo. Asimismo, este distanciamiento se concretó en menor producción legislativa por parte de ambos poderes (como muestra la figura 2) y en una baja valoración social del Congreso y de los presidentes (Meléndez, 2007; Muñoz, 2021; Tanaka, 2015). En términos generales, podría hablarse de cierta disfuncionalidad de los dos principales poderes del Estado y de crecientes crisis políticas que incluso han llegado a cuestionar la continuidad democrática.

Figura 2

Producción legislativa en el Perú, 2001-2022 por período anual de sesiones



Fuente: elaboración propia con base en datos del Congreso de la República. Se excluyen resoluciones, mociones y reformas de ley, así como terceros proponentes.

4. EL PRESIDENCIALISMO PARLAMENTARIZADO DEL PERÚ Y SUS NOCIVOS EFECTOS ANTE LA AUSENCIA DE UN SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE COMPROMISO CON LA DEMOCRACIA

El desempeño de la democracia peruana a partir de su recuperación en 2001 hasta 2022, año del fallido autogolpe de Castillo, ha sido decepcionante y con un sombrío panorama a futuro, dadas las crecientes amenazas que surgen de las propias instituciones políticas y de la fagocitación del sistema. La inestabilidad ejecutiva ha sido muy elevada, ha afectado no ya solo a los ministros y los presidentes del Consejo de Ministros, sino también a los jefes de Estado. En los últimos seis años, se sucedieron seis jefes de Estado. A su vez, se produjeron intentos de usurpación del poder presidencial por parte de vicepresidentes —Mercedes Aráoz— o congresistas —Manuel Merino— sin legitimidad política, pero también sin atribuciones para ello. O bien, un discutible uso de la facultad constitucional de disolución anticipada del Congreso, caso de Vizcarra en 2019; o una desproporcional represión a manifestantes, caso de las protestas de noviembre y diciembre de 2022 bajo la presidencia de Boluarte. Súmese a su vez una lista de jefes de Estado donde todos aquellos que fueron electos desde 1990 han sido condenados a penas de prisión; una oposición, especialmente la representada por el fujimorismo, con un discurso iliberal y no rupturista con el autoritarismo de los años noventa; y unas organizaciones partidarias escasamente profesionalizadas y comprometidas con el juego político, en las que parecen prevalecer los intereses personalistas sobre los vínculos programáticos con la ciudadanía, particularidades que, eso sí, acompañan al sistema de partidos desde 1990 (Meléndez, 2007; Tanaka, 1998, 2015; Tuesta Soldevilla, 2008).

Como consecuencia, debe entenderse que parte de la respuesta a estas críticas reside en el diseño orgánico del sistema político peruano. En especial, la controvertida parlamentarización o atenuación del régimen presidencial (García Belaunde, 2009; García Marín, 2019) y la creación de pesos y contrapesos que, en contextos de gobierno dividido y partidos políticos con escaso compromiso por la gobernanza, pueden derivar en presidentes débiles e instituciones bloqueadas (Levitsky y Cameron, 2003; Levitsky y Loxton, 2018). Véase el caso de la Presidencia

del Consejo de Ministros, institución procedente de los regímenes parlamentarios y existente en los modelos constitucionalmente definidos como semipresidenciales, caso de Francia, Polonia o Rumania. El análisis de veintiún años de gobiernos peruanos muestra una elevada salida de los premieres, aun a pesar de que esta figura debe contar con el explícito apoyo de la jefatura del Estado en cuanto a su nombramiento y presentación ante el Congreso (García Belaunde, 2009); y la cámara a su vez debe, mediante moción de confianza, aprobar su nombramiento. Huelga decir que un análisis de períodos previos —desde 1993, año de la actual Constitución— arroja cifras relativamente similares sobre esta inestabilidad ministerial, como varias investigaciones muestran al respecto (Corvetto, 2014; Levitt, 2012; Tanaka y Vera, 2010).

Esta moción de confianza, que en términos teóricos debiera conllevar un acuerdo de gobierno o, al menos, a la compartición de una agenda política (Bobbio, 2018, 2022), no produjo los resultados esperados. Al contrario, los premieres fueron empleados por todos los jefes de Estado como una simple válvula de escape ante la aparición de crisis políticas o de cuestionamientos de mal manejo gubernamental. Así, la elevada frecuencia con que fueron sustituidos, la velada amenaza del Congreso de cesarlos o la inexistencia de vínculos partidarios de estos premieres, los volvió inestables, paralizando al Ejecutivo y generando un *impasse* en la gobernanza. Similar apreciación pudiera hacerse de los ministros, los cuales, además de padecer una aún más elevada salida de sus cargos, destacaron igualmente por no contar en su mayoría con afiliación partidaria ni apoyos en el Congreso.

Todo ello derivó en una dinámica donde ciertos mecanismos constitucionales que debieran emplearse de manera extraordinaria, limitada y ciertamente bajo una perspectiva de oportunidad política limitada, se volvieron recurrentes y oportunistas, y se redujo la lógica del control político por parte del Congreso a una continua laminación del Poder Ejecutivo. Tómese un nuevo ejemplo con base en lo analizado en el presente estudio: el empleo de la vacancia o juicio político como vía para remover al presidente de la república. Este instrumento, el cual viene regulado en el artículo constitucional 117 (CPP) no debiera, aparentemente, emplearse bajo la denuncia de supuesta corrupción, pues esta causal no

figura como habilitante para su acción de manera taxativa (Cairo, 2013; Eguiguren, 2008) y, *prima facie*, no debiera tener tan simple cabida en la supuesta falta de incapacidad moral. Sin embargo, tanto PPK como Vizcarra debieron abandonar el poder de manera prematura por acusaciones soportadas bajo este rubro, suponiendo con ello una extensiva interpretación de los congresistas peruanos del más agravado instrumento político a su alcance y reforzando el carácter impredecible e inestable del sistema.

Siguiendo la crítica al diseño institucional, debiera señalarse la configuración del Congreso de la República. Su carácter unicameral, así como el bajo número de curules (130 desde 2011), le confieren capacidad para actuar de manera autónoma respecto al Ejecutivo en contextos de marcada minoría oficialista y evidente oposición. Ciertamente, la literatura (García Montero, 2009; Alcántara *et al.*, 2005a; Santos *et al.*, 2014) tiende a considerar la bicameralidad como un freno orgánico al propio Poder Legislativo, sustentado además tanto desde la óptica histórica (Blanco, 2010) como desde el análisis comparado de casos recientes en la región (Albala, 2009, 2016; Chasquetti, 2001, 2006). La experiencia peruana post-2001 vuelve a ir en la senda de la literatura *motu proprio*: la prevalencia del gobierno dividido y la ausencia de coaliciones en torno al oficialismo terminaron incrementando la distancia entre poderes, pero, sobre todo, potenciando la capacidad del Congreso para decidir unilateralmente la suerte del Ejecutivo, afectando, cada vez más, a la propia cabecera del Estado. Ello, además, con un Congreso fragmentado y con multiplicidad de oposiciones, pero con capacidad para acordar, ocasionalmente, el despliegue de los mecanismos de control político.

Sin embargo, y posiblemente de manera inesperada, la democracia peruana logró sobrevivir a esta suma de amenazas, riesgos de quiebre e incentivos institucionales para el desbloqueo unilateral sin consenso. En efecto, una lectura positiva del recorrido transcurrido en el período analizado podría destacar el diferente desenlace en el autogolpe de Castillo en 2022 con respecto al liderado por Fujimori en 1992. En esta reciente ocasión, las instituciones democráticas sí lograron en última instancia dirimir, reconducir y sancionar los ataques contra la legalidad vigente, además de exhibirse una evidente oposición social ante el acaparamiento

del poder político por parte de la presidencia. De igual modo, el Tribunal Constitucional intervino, aun *a posteriori*, para validar jurídicamente la disolución congresual auspiciada por Vizcarra en 2019; y, asimismo, las autoridades electorales pudieron celebrar y dar certidumbre a las ajustadas elecciones presidenciales a pesar de las estrechas diferencias en los balotajes y las sospechas de parcialidad que el fujimorismo tendió a deslizar luego de sus derrotas (Barrenechea y Vergara, 2023; López-Lozano, 2022; Muñoz y Guibert, 2016).

Por todo ello, debiera afirmarse que, efectivamente, el diseño institucional sí jugó un papel determinante en la trayectoria de la democracia peruana en el período 2001-2022. Incentivó la inestabilidad en el Ejecutivo y no fomentó la cooperación entre los poderes a través de la figura del presidente del Consejo de Ministros, además de invitar, en cierto modo, a parlamentarizar la suerte del presidente de la república al deponerlo en situaciones de marcada minoría en el Congreso y a colocar en su lugar a miembros de la cámara, caso de Paniagua en 2001 y Merino y Sagasti en 2020. Es decir, el gobierno dividido se tornó en una suerte de pérdida de confianza de la cámara y esta actuó en cuanto tuvo oportunidad y posibilidad de reunir la mayoría calificada. A su vez, los partidos políticos mostraron los efectos negativos de la baja institucionalización que la literatura tiende a destacar (Campello, 2015; Levitsky y Cameron, 2003; Levitsky y Loxton, 2018; Luna, 2015; Molina, 2015): vehículos electorales al servicio de líderes o facciones con intereses particulares; limitados lazos programáticos con sus votantes; baja cohesión en la cámara y tendencia a la atomización de las bancadas; impredecibilidad de la agenda legislativa; y prevalencia de los acuerdos *ad hoc* sobre las alianzas o coaliciones que transparenten los acuerdos parlamentarios y generen certidumbre al sistema.

Empero, y a pesar de los negativos condicionantes que destacaron en este período, la política peruana se caracterizó por la debilidad de los principales actores, lo que pudo, siguiendo a Muñoz (2021) y Barrenechea y Vergara (2023), evitar en última instancia que un movimiento o líder autoritario capitalizara la debilidad de las instituciones y la falta de legitimidad social. No obstante, deja abierta la interrogante sobre la

capacidad de detener en el futuro nuevas amenazas a la institucionalidad democrática por parte de entidades más estructuradas y eficaces.

5. CONCLUSIONES

La errática trayectoria democrática del Perú entre 2001 y 2022 muestra claramente la importancia que aún alberga el análisis del diseño constitucional para entender las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo y su posible devenir. En efecto, la definición y el sentido de los pesos y los contrapesos inherentes a todo régimen liberal marca una de las pautas sobre las posibles acciones que pueden llevar a cabo las instituciones cuando la situación lo habilita y amerita. En este sentido, y aplicándolo para el caso analizado, la existencia de un presidente del Consejo de Ministros, así como la necesaria aquiescencia del Congreso para su permanencia y la del conjunto del gabinete, genera en términos formales una dependencia del Ejecutivo hacia el Legislativo, conformándose un rasgo parlamentarizador del presidencialismo peruano. Puede añadirse la contraparte ejecutiva en esta misma línea: la prerrogativa, bajo ciertos supuestos, de disolver el Congreso, lo que supone otro rasgo impropio de los regímenes presidenciales y un alejamiento de su idea originaria de reforzar la estabilidad a través de una marcada separación de poderes.

No obstante, estas innovaciones constitucionales debieran, siguiendo a la teoría (Bobbio, 2022; Linz, 2013; Linz y Valenzuela, 1997), haber incentivado la cooperación entre poderes, invitando a la compartición, al menos parcial, de la tarea de gobierno representado en el mencionado presidente del Consejo de Ministros. Sin embargo, y en parte debido al sistema de partidos existente y a la falta de mayorías sólidas del oficialismo, los resultados generados tendieron a una creciente inestabilidad de los ejecutivos, fragmentación de los congresos y progresivo choque o enfrentamiento entre poderes, llegando a poner en peligro la continuidad democrática en 2022, pero con evidentes tensiones desde períodos previos.

Por tanto, la combinación de un presidencialismo parlamentarizado desde su diseño orgánico junto a unas organizaciones partidarias de escasa institucionalización y limitado compromiso por la democracia,

derivó en una prolongada crisis de representación, erosionando la imagen de las instituciones, su legitimidad social y, por lo observado en el período de estudio, su capacidad para hacer funcionar al sistema político en su conjunto. Efectivamente, se produjo cierta resiliencia de la democracia peruana, ya que el fallido autogolpe de Castillo en 2022 y la intervención desmesurada de otros líderes en situaciones precedentes —Aráoz, Merino, Vizcarra, Keiko— se resolvieron por mecanismos institucionales, pero posiblemente deban ser considerados como antecedentes a una crisis política que no está aún cerrada y que exhibe la incapacidad de la democracia peruana para encauzar las diferencias políticas naturales de toda sociedad y de otorgar estabilidad al país.

REFERENCIAS

- Albala, A. (2009). *Coaliciones gubernamentales y régimen presidencial: incidencia sobre la estabilidad política, el caso del Cono Sur (1983-2005)*. Documentos CIDOB. América Latina, n.º 29.
- Albala, A. (2016). Presidencialismo y coaliciones de gobierno en América Latina: un análisis del papel de las instituciones. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 36(2), 459-479, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2016000200003>
- Alcántara, M., García, M. y Sánchez, F. (2005a). *Funciones, procedimientos y escenarios: un análisis del poder legislativo en América Latina*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Alcántara, M., García, M. y Sánchez, F. (comps.). (2005b). *El poder legislativo en América Latina a través de sus normas*. Ediciones Universidad de Salamanca. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=jfFSjjPlw-QC&oi=fnd&pg=PA9&dq=alcantara+legislativos&ots=wV1aJkW1dz&sig=JTJ9qDzXqNPPvvTS6VHY6pCdSfg#v=onepage&q=alcantara+legislativos&f=false>.
- Barrenechea, R. y Vergara, A. (2023). Peru: the danger of powerless democracy. *Journal of Democracy*, 34(2), 77-89. <https://doi.org/10.1353/jod.2023.0015>.

- Blanco, R. (2010). *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Alianza Editorial.
- Bobbio, N. (2018). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2022). *Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. Fondo de Cultura Económica.
- Cairo, O. (2013). El juicio político en la Constitución peruana. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 121-143.
- Campello, D. (2015). ¿Es importante la institucionalización del sistema de partidos? Ataques especulativos y receptividad democrática en Latinoamérica. En M. Torcal (ed.), *Sistemas de partidos en América Latina. Causas y consecuencias de su equilibrio inestable* (pp. 241-258). Anthropos Editorial.
- Campos, H. J. (2023). La Constitución (in)orgánica: una reflexión sobre las tensiones e inconsistencias del régimen político peruano. *Revista Derecho del Estado*, (56), 131-161.
- Chasqueti, D. (2001). *Democracia, multipartidismo y coaliciones en América Latina: evaluando la difícil combinación*. Clacso.
- Chasqueti, D. (2006). La supervivencia de las coaliciones presidenciales de gobierno en América Latina. *Postdata*, (11), 163-192.
- Corvetto, P. (2014). Gobiernos sin partido: el reclutamiento de personal en la relación entre el gobierno y el partido de gobierno en el Perú (1980-2011). *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, 1(1), 11-36.
- Dargent, E. y Rousseau, S. (2021). Perú 2020: ¿el quiebre de la continuidad? *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 41(2), 377-400. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2021005000112>
- Duárez, J. L. (2022). La deriva de la representación política en el Perú. El triunfo electoral de Pedro Castillo y la cuestión de la representatividad política. *Discursos del Sur, Revista de Teoría Crítica en Ciencias Sociales*, (10), 9-30. <https://doi.org/10.15381/dds.n10.24404>

- Eguiguren, F. J. (2008). Antejudio y juicio político en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 13(13), 111-162.
- García Belaunde, D. (2009). El presidencialismo atenuado y su funcionamiento (con referencia al sistema constitucional peruano). En A. Ellis, J. J. Orozco y D. Zovatto (coords.), *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial* (pp. 119-135). Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.
- García Marín, I. (2017). *Las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo en el Perú (2001-2016)* [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid.
- García Marín, I. (2019). La parlamentarización peruana (2001-2016). Presidencialismo y sistema de partidos. *Espiral (Guadalajara)*, 26(74), 127-163.
- García Marín, I. (2021). La oposición parlamentaria en el Perú (2006-2020): de la cooperación al conflicto. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 20(2), 1-18. <https://doi.org/10.15304/rips.20.2.7448>
- García Montero, M. (2009). *Presidentes y parlamentos: ¿quién controla la actividad legislativa en América Latina?* Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Jaramillo, C. (2023). The impossibility of party unity in Peru: party affiliation, subnational electoral competition and party discipline (2011-2019). *Bulletin of Latin American Research*, 42(5), 1-14.
- Jones, M. P. (2002). Legislator behavior and executive-legislative relations in Latin America. *Latin American Research Review*, 37(3), 176-188. <https://doi.org/10.1017/S0023879100024547>
- Laakso, M. y Taagepera, R. (1979). Effective number of parties: a measure with application to West Europe. *Comparative Political Studies*, 12(1), 3-27.

- Levitsky, S. y Cameron, M. (2003). Democracy without parties? Political parties and regimen change in Fujimori's Peru. *Latin American Politics and Society*, 45(3), 1-33.
- Levitsky, S. y Loxton, J. (2018). Populism and competitive authoritarianism in Latin America. En C. de la Torre (ed.), *Routledge Handbook of Global Populism* (pp. 334-350). Routledge.
- Levitsky, S. y Way, L. (2002). Elections without democracy: The rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, 13(2), 51-65.
- Levitt, B. S. (2012). *Power in the balance. Presidents, parties and legislatures in Peru and beyond*. University of Notre Dame Press.
- Linz, J. J. (2013). Los peligros del presidencialismo. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 7, 11-31.
- Linz, J. J. y Valenzuela, A. (comps.). (1997). *Las crisis del presidencialismo, perspectivas comparativas*. Alianza Editorial.
- López Velarde, R. V. (2018). *Supervisión legislativa en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.
- López-Lozano, R.-B. (2022). Posibles explicaciones en torno al triunfo electoral de Pedro Castillo en las elecciones peruanas de 2021: un análisis desde la antropología política. *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*, (22), 222-240. <https://doi.org/10.15446/frdcp.n22.97450>
- Luna, J. P. (2015). Institucionalización de sistemas de partidos: ¿por qué es necesario un nuevo concepto? En M. Torcal (ed.), *Sistemas de partidos en América Latina. Causas y consecuencias de su equilibrio inestable* (pp. 19-42). Anthropos Editorial.
- Meléndez, C. (2007). Partidos y sistema de partidos en el Perú. En R. Roncagliolo y C. Meléndez (eds.), *La política por dentro. Cambios y continuidades en las organizaciones políticas de los países andinos* (pp. 213-273). International Institute for Democracy and Electoral Assistance; Asociación Civil Transparencia.

- Molina, J. E. (2015). Nivel de institucionalización del sistema de partidos y personalización de la política en América Latina (1990-2008). En M. Torcal (ed.), *Sistemas de partidos en América Latina. Causas y consecuencias de su equilibrio inestable* (pp. 220-239). Anthropos Editorial.
- Muñoz, P. (2021). Latin America erupts: Peru goes populist. *Journal of Democracy*, 32(3), 48-62. <https://doi.org/10.1353/jod.2021.0033>
- Muñoz, P. y Guibert, Y. (2016). Perú: el fin del optimismo. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 36(1), 313-338. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2016000100014>
- Paredes, M. y Encinas, D. (2020). Perú 2019: crisis política y salida institucional. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 40(2), 483-510. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2020005000116>
- Payne, M. (2006). El equilibrio de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo: papel de la Constitución y los partidos políticos. En Payne, J. M., Zovatto, D., Mateo, M., Allamand, A., Carrillo, F., Echebarría, K., Freidenberg, F. y Jarquín, E., *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina* (pp. 91-128). Banco Interamericano de Desarrollo.
- Santos, M. L., Pérez-Liñán, A. y García, M. (2014). El control presidencial de la agenda legislativa en América Latina. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 34(3), 511-536. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2014000300001>
- Tanaka, M. (1998). *Los espejismos de la democracia: el colapso del sistema de partidos en el Perú, 1980-1995, en perspectiva comparada*. Instituto de Estudios Peruanos. <http://repositorio.iep.org.pe/handle/IEP/610>
- Tanaka, M. (2015). Agencia y estructura y el colapso de los sistemas de partidos en los países andinos. En M. Torcal (ed.), *Sistemas de partidos en América Latina. Causas y consecuencias de su equilibrio inestable* (pp. 161-182). Anthropos Editorial.

- Tanaka, M. y Vera, S. (2010). La dinámica «neodualista» de una democracia sin sistema de partidos: la situación de la democracia en el Perú. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 30(1), 87-114. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2010000100006>
- Tuesta Soldevilla, F. (2008). *El sistema de partidos en la Región Andina: construcción y desarrollo (1978-1995)* [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Cybertesis. Repositorio de Tesis Digitales. <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/285>
- Tuesta Soldevilla, F. (ed.). (2017). *Perú : elecciones 2016 un país dividido y un resultado inesperado*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/191087>
- Vergara, A. y Watanabe, A. (2016). Delegative democracy revisited: Peru since Fujimori. *Journal of Democracy*, 27(3), 148-157. <https://doi.org/10.1353/jod.2016.0054>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor realizó la contribución total de artículo, incluyendo la recogida de datos, análisis de datos, discusión del marco teórico y de los resultados.

Agradecimientos

El autor agradece el apoyo brindado por su institución universitaria, así como el apoyo, las observaciones y los consejos de la doctora Ana Cristina González Rincón, investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana.

Biografía del autor

Ignacio García Marín, doctor en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid, máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) de España. Es profesor titular a tiempo completo en la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) de México, campus Cuajimalpa. Investigador perteneciente al Sistema Nacional de

Investigadores (SNI-1) de México. De entre sus últimas publicaciones destacan «La parlamentarización del juicio político en América Latina. Un estudio comparado entre 1990 y 2022» (*Revista Desafíos* n.º 35) y «Two Decades of Politics Without Parties, Growing Tensions Between Powers, and the Risk of Democracy in Peru», (*Revista Andina de Estudios Políticos*, vol. 13, n.º 1), entre otras.

Correspondencia

Igarciam@cua.uam.mx

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 429-478

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.889

Un capítulo de democracias profilácticas y una propuesta

A chapter on prophylactic democracies and a proposal

Um capítulo sobre democracias profiláticas e uma proposta

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

Investigador independiente

(Cochabamba, Bolivia)

Contacto: rodriggcruz@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-1043-5932>

RESUMEN

La democracia tiene por pilares fundamentales, entre otros presupuestos nucleares, a la libertad de expresión y los derechos de participación política, principios que posibilitan la circulación y la competencia pacífica de las ideas y la asunción al poder gubernamental en el Estado. No obstante, debido a sus amplios contenidos, estos son susceptibles de colisionar con otros bienes de envergadura constitucional (principios, valores y derechos); las ramificaciones del uso irrestricto de estos derechos han sido de tal calado en algunos Estados desde los años treinta del siglo pasado, que se dispusieron una serie de medidas constitucionales como legales para bregar y reducir la reproducción de errores o afecciones históricas. Denominaremos a las democracias que adoptaron este perfil de custodio democracias profilácticas, modalidades de organización democrática que determinados Estados instituyeron para guarecerse de dispositivos que podrían ocasionar su autolisis y que constituyen, en nuestro caso, el

objeto de indagación de antesala para la formulación de una propuesta para la República Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: democracias profilácticas; democracia militante; democracia defensiva; democracia nacionalista; nacionalismo boliviano.

Términos de indización: democracia; nacionalismo; identidad nacional; Bolivia (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

Democracy has as its fundamental pillars, among other nuclear assumptions, the freedom of expression and the rights of political participation, principles that enable the circulation and peaceful competition of ideas and the assumption of governmental power in the State. However, due to their broad contents, these are susceptible to collision with other goods of constitutional scope (principles, values and rights); the ramifications of the unrestricted use of these rights have been of such depth in some States since the 30s of the last century, that a series of constitutional and legal measures were arranged to fight and reduce the reproduction of errors or historical affections. We will call the democracies that adopted this profile of custodian prophylactic democracies, modalities of democratic organization that certain States instituted to protect themselves from devices that could cause their autolysis and that constitute, in our case, the object of investigation as a prelude to the formulation of a proposal for the Plurinational Republic of Bolivia.

Key words: prophylactic democracies; militant democracy; defensive democracy; nationalist democracy; Bolivian nationalism.

Indexing terms: democracy; nationalism; national character; Bolivia (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A democracia tem como pilares fundamentais, entre outros pressupostos centrais, a liberdade de expressão e os direitos de participação política, princípios que possibilitam a circulação e a competição pacífica de

ideias e a assunção do poder governamental pelo Estado. Entretanto, devido ao seu amplo conteúdo, são suscetíveis de colisão com outros bens constitucionais (princípios, valores e direitos); os desdobramentos do uso irrestrito desses direitos foram tão grandes em alguns Estados, desde a década de 1930, que uma série de medidas constitucionais e legais foram postas em prática para combater e reduzir a reprodução de erros ou afetações históricas. Chamaremos as democracias que adotaram esse perfil de guardião de democracias profiláticas, modalidades de organização democrática que certos Estados instituíram para se proteger de dispositivos que poderiam causar sua autólise e que constituem, em nosso caso, o objeto de investigação como prelúdio à formulação de uma proposta para a República Plurinacional da Bolívia.

Palavras-chave: democracias profiláticas; democracia militante; democracia defensiva; democracia nacionalista; nacionalismo boliviano.

Termos de indexação: democracia; nacionalismo; identidade nacional; Bolívia (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 12/11/2023

Revisado: 14/11/2023

Acceptado: 13/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

En democracia la sociedad —individuos y organizaciones— debe desenvolver sus relaciones en un marco de respeto y tolerancia mutua, en aras de preservar la armonía necesaria para el progreso nacional. Pero así como se declara que por naturaleza las sociedades son dinámicas, es menester agregar que la conflictividad también es un aspecto inherente de esta dada la índole sociopolítica del hombre.

La facultad de manifestar juicios de opinión y la de congregarse para alcanzar fines políticos son expresiones de derechos fundamentales reconocidos en toda sociedad que se ufane de ser constitucional y democrática, razón por la que promover sus restricciones genera escenarios tensos de regulación normativa.

Empero, la libertad de expresión y los derechos de participación política suelen ser potestades ciudadanas cuya articulación genera fricciones, ya que sus amplios contenidos son susceptibles de producir una pluralidad de pugnas que de no ser zanjadas en el ámbito constitucional serán ventiladas en el extraconstitucional.

Desde los años treinta del siglo pasado y hasta episodios recientes del presente, diversos Estados han debido batallar contra prácticas deletéreas de la libertad de expresión y los derechos de participación política que, disfrazándose con libreas de libertad siendo meras licencias, constituyeron arietes para desinstalar el edificio democrático. ¿Cuál fue la respuesta a esta praxis antidemocrática? Los modelos que denominaremos de democracia profiláctica, paradigmas que tienen por telos bregar y reducir la reproducción de serios errores y malignidades históricas que socavaron en determinado período las democracias de algunos Estados del globo.

Los modelos que se formaron a partir de este paraguas conceptual son la democracia militante y la democracia defensiva, ambas categorías desarrolladas durante la segunda posguerra mundial. En el abordaje de la primera nos focalizaremos en la experiencia alemana y en la italiana; en la segunda, nos centraremos en la práctica israelí y la peruana.

La experiencia boliviana no es igual a la de los países precisados, pero —funestamente— no está exenta de tropiezos que podrían acrecentarse en el porvenir y generar pronunciados cismas que mermen la unidad nacional y amenacen la seguridad del Estado.

En razón de lo vertido, juzgo menester abordar la democracia militante y la democracia defensiva (especies) desde un concepto más amplio: la democracia profiláctica (género), como preludeo teórico del cual pueden extraerse positivas y negativas lecciones para la construcción de un modelo propio (una especie) que rijan el plexo de relaciones sociopolíticas de la República Plurinacional de Bolivia.

Para tal fin investigativo, se procede con un paradigma poli-dimensional de la experiencia jurídica, y se aplica la metodología bibliográfico-doctrinal.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN UNA DEMOCRACIA ORDENADA

Hogaño, los Estados constitucionales se erigen sobre la base de diversos ingredientes, dos de ellos de importancia relevante en la dinámica sociopolítica: la libertad de expresión y los derechos de participación política. Sin el concurso de estos presupuestos la vida en democracia sería inviable: careceríamos de escenarios dialógicos y dialécticos, así como de heterogeneidad de opciones ideológicas; son por tanto auténticos engranajes fundamentales de toda maquinaria estatal democrática.

Nuestra época también ha sido bendecida como maldecida con el progreso de la tecnología, que sirve de fulcro para novedosas formas de actividad expresiva y política; uno de los mayores beneficiados por este entorno fue el *cuarto poder*: los medios de comunicación.

La nuclearidad de estos mecanismos de difusión, interacción y participación es de tal magnitud que el profesor Carlos Santiago Fayt (1994) caracterizaba las postrimerías del siglo XX de la siguiente manera:

Los medios han puesto al alcance de todos información sobre cuanto ocurre en el mundo en cantidad e intensidad, sin precedentes en la historia. Ninguna época anterior tuvo conocimiento de las decisiones sobre política nacional e internacional ni de las reacciones y actitudes de los pueblos como la tiene la actual población mundial. (p. 45)

A fin de parificar lo expuesto piénsese en los sucesos acaecidos durante octubre y noviembre de 2019, donde: «Bolivia, un país que muchas veces resulta ignoto para ciudadanos extranjeros, estuvo en el ojo de la tormenta mediática internacional» (Cruz, 2022, p. 12).

En función de esta plataforma la libertad de expresión y los derechos de participación política son de recurrente avistamiento, desde la mañana hasta el anochecer las sociedades son abrumadas con información referente a opiniones de índole social y política, ora por los clásicos dispositivos de comunicación (la televisión, la radio y los periódicos), ora por los contemporáneos (las redes sociales).

Ante tales posibilidades que facilitan la manifestación de los derechos objeto de indagación, es necesario recordar y formular nuevas restricciones acordes al contexto vigente. Se repite hasta el hartazgo el dogma: «no existen derechos absolutos», del cual no participamos por la presencia en el universo de derechos fundamentales de determinadas propiedades y facultades consustanciales al ser humano insusceptibles de reducción constitucional o legal; no obstante nuestro parecer, en esta oportunidad estamos tratando con libertades que *necesariamente* ameritan limitaciones en su ejercicio.

Es recurrente aseverar que en una democracia deben primar la tolerancia y la pluralidad de opciones políticas, pero esta no es una proposición que pueda ser acompañada de la expresión «siempre», salvo que se prefiera cohabitar en sociedades entrópicas con individuos y agrupaciones que obran con desenfreno.

Por razones jurídicas, morales e históricas, existen en algunas sociedades ciertos criterios que no serán recibidos afablemente, parifiquemos lo expuesto: es indubitable que el pueblo israelí no tolerará propaganda y colectivos que hagan apología por los crímenes nazis, así como el pueblo argentino no tolerará panegíricos y organizaciones sobre el arrebato de las islas Malvinas; asimismo, es altamente improbable que ambas sociedades toleren discursos propederastia.

Debido a que tales consideraciones morales e históricas inciden en el plano jurídico, como refiere el profesor Ingo Wolfgang Sarlet (2019): «se registra un sustancial consenso respecto del hecho de que los derechos fundamentales pueden ser restringidos tanto por expresa disposición constitucional como por norma legal promulgada con fundamento en la Constitución» (p. 517).

Las puntualizaciones son truisms, pero ameritan mención por la intransigencia de algunas personas a dotar de carácter absoluto —consciente o inconscientemente— a sus convicciones privadas. Estos empecinamientos constituyen una problemática que será atendida con detenimiento en líneas posteriores, por ahora, demos por concluido este acápite con el siguiente corolario: en una democracia *ordenada* la tolerancia no es un valor absoluto, *id est*, en el régimen democrático no es

admisible la configuración de un portón de irrestricto acceso para *todas* las expresiones y las preferencias políticas privadas o sectoriales.

3. DEMOCRACIAS PROFILÁCTICAS: CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN

Principiemos el buceo teórico con conceptualizaciones y caracterizaciones de una categoría que pretende postularse como expresión aglutinadora de una multiplicidad de expresiones democráticas específicas.

Las democracias profilácticas son aquellas *modalidades de organización jurídico-política que instituyen restricciones constitucionales y legales a una cohorte de derechos fundamentales, por razones de orden histórico, ético o de seguridad nacional en aras de preservar bienes de superlativa magnitud social o política.*

El concepto presentado está formulado en términos genéricos, pero su concreción se avizora cuando se precisan sus caracteres:

- a) Su axioma. La idea clara y evidente de este paradigma radica en la premisa de que las democracias tienen el derecho de disponer de los resortes profilácticos necesarios para la salvaguarda de su presente y su porvenir, de amenazas o ataques que pretendan el asolamiento del sistema de bienes estimados como fundamentales por su sociedad.
- b) Una modalidad de organización jurídico-política. El entramado se despliega a partir de la plataforma orgánica brindada por el Estado moderno, pero se adiciona una orientación represiva que informa al aparato gubernamental de tal forma que propenda a la supresión de prácticas que atenten o conculquen los bienes estimados de primera tutela.
- c) Responde a nefastos episodios históricos y amenazas o ataques a bienes torales en el sistema político. Debido al uso abusivo de determinados derechos por parte de la generación pasada, se cometieron y cohonestaron crímenes que laceraron la *condición humana*; y a causa de la práctica de algunos miembros de la generación presente, imbuidos de ideologías adversas a la identidad del Estado, que ponen en vilo la seguridad y otros postulados de alta estimación por parte de la nación, se ha dispuesto la institución de garantías

de no reiteración e interdicción de estas prácticas deletéreas para la democracia y los derechos humanos. Estos son los elementos catalizadores que promovieron su confección.

- d) Institución de restricciones constitucionales y legales de derechos. Estando en la edad contemporánea, donde el sistema político campeante es el constitucionalismo, y advertidos de sus errores pretéritos como defectos actuales, una pluralidad de pueblos han efectuado un ejercicio de ingeniería constitucional y legal restrictivo favorable para la conservación de los bienes fundamentales que fueron vapuleados y puestos en riesgo.
- e) Teleología de la preservación. El soberano, por medio de la Constitución y las leyes concede al gobierno —sea de la ideología que fuere el partido operador— un perfil de custodio, cuyo objetivo primario es salvaguardar los bienes tenidos por fundamentales por la nación: régimen democrático, derechos humanos, seguridad del Estado, entre otros, de aquellos enemigos internos o externos que intenten minarlos.

Conforme a la descripción expuesta, se concluye que las democracias profilácticas son dispositivos de organización conscientes del peligro advertido por el profesor Herbert Spencer (1978) en el siglo XIX:

los hombres usan de sus llamados derechos políticos para despojarse de los derechos propiamente dichos [...]. Los llamados derechos políticos pueden servir para defender las verdaderas libertades, pero también para otras cosas, incluso para el establecimiento de la tiranía. [...] Los hombres pueden usar de su libertad igual para someterse a la servidumbre. (pp. 150-151)

4. LA DEMOCRACIA MILITANTE (*STREITBARE DEMOKRATIE*)

4.1. Fundamento

El concepto de democracia militante o *Streitbare Demokratie* fue acuñado por el profesor alemán Karl Loewenstein en su artículo «Militant democracy and fundamental rights», publicado en *American Political*

Science Review el año 1937. El propósito del modelo concebido era contrarrestar el avance del fascismo a partir de la justificación de legislación restrictiva de derechos de participación política; la necesidad de adoptar una legislación antifascista era inexorable porque en aquellos tiempos había dejado de ser «un incidente aislado en la historia individual de algunos países», para convertirse en «un movimiento universal que, en su aparentemente irresistible auge» era «comparable al surgimiento del liberalismo europeo contra el absolutismo tras la Revolución Francesa» (Loewenstein, 1937a, p. 417).

Advertido del peligro de las fuerzas fascistas el autor mentado predicó: «Si la democracia está convencida de que aún no ha cumplido su destino, debe combatir en su propio plano una técnica que solo sirve al propósito del poder. La democracia debe hacerse militante» (Loewenstein, 1937a, p. 423). Posteriormente, perfila a la militancia democrática como un marco de contención de actos con la potencialidad de devastar la democracia desde su interior y con las mismas herramientas —derechos— que sirven para su sostenimiento:

La democracia se hace militante. El paso más importante se ha dado en otra dirección. Cada vez más, se ha comprendido que una técnica política solo puede ser derrotada en su propio plano y por sus propios medios, que la mera aquiescencia y la creencia optimista en la victoria final del espíritu sobre la fuerza solo fomentan el fascismo sin estabilizar la democracia. Puesto que el fascismo es una técnica reforzada *ex post facto* por las ideas, solo puede ser controlado por una técnica similar. Hicieron falta años para romper la idea errónea democrática de que el principal obstáculo para la defensa contra el fascismo es el propio fundamentalismo democrático. La democracia defiende los derechos fundamentales, el juego limpio para todas las opiniones, la libertad de expresión, de reunión y de prensa. ¿Cómo podría ocuparse de recortarlos sin destruir la base misma de su existencia y justificación? Por fin, sin embargo, la autocomplacencia legalista y el letargo suicida dieron paso a una mejor comprensión de las realidades. Un estudio más detallado de la técnica fascista llevó a descubrir los puntos

vulnerables del sistema democrático y la forma de protegerlos. En todos los países democráticos se promulgó un elaborado cuerpo de legislación antifascista. Las disposiciones se redactaron precisamente para controlar las tácticas emocionales particulares del fascismo. [...] Es un claro indicio de la creciente renuencia de las democracias a prestar las instituciones parlamentarias a la técnica fascista de explotarlas para sus fines egoístas [...]. Aunque los países democráticos no pudieron llegar a una acción concertada a escala internacional, las medidas profilácticas adoptadas en cada país son sorprendentemente similares. Tras muchas vacilaciones e inhibiciones legalistas, las medidas eficaces contra el fascismo llegaron a los libros de leyes. A pesar de los éxitos electorales de los movimientos fascistas en varios países, como Checoslovaquia, Bélgica y los Países Bajos, la legislación los mantiene dentro de los límites de los partidos políticos normales, y si el fascismo no escapó al control en ningún país democrático que adoptó una legislación antifascista, es porque la democracia finalmente se hizo militante. (Loewenstein, 1937a, pp. 430-431)

En el segundo trabajo, antes de emprender un análisis pormenorizado de la legislación antifascista de diversos Estados (Finlandia, Estonia, Austria, entre otros), ilustró que la democracia militante puede conquistar diversos avances contra «el extremismo subversivo cuando la voluntad de sobrevivir va unida a medidas adecuadas para combatir las técnicas fascistas» (Loewenstein, 1937b, p. 638). Concluyendo su apología manifiesta:

Como demuestra este estudio, la democracia en defensa propia contra el extremismo no ha permanecido en absoluto inactiva. Por fin se ha roto el aterrador hechizo de la mirada de basilisco del fascismo; la democracia europea ha superado el fundamentalismo democrático y se ha alzado a la militancia. La técnica fascista ha sido discernida y está siendo respondida con una contraacción eficaz. El fuego se combate con fuego. Se ha hecho mucho; aún queda mucho por hacer. [...] Además, la democracia debería

estar en guardia contra un exceso de optimismo. Sobrestimar la eficacia final de las disposiciones legislativas contra la técnica emocional fascista sería un peligroso autoengaño. La legislación no es más que un instrumento subsidiario de la voluntad militante de autoconservación. Los estatutos más perfectamente redactados e ideados no valen ni el papel en el que están escritos a menos que estén respaldados por una indomable voluntad de supervivencia. El éxito de la defensa depende de demasiados factores como para discutirlos aquí. [...] Para superar definitivamente el peligro de que Europa se vuelva totalmente fascista, sería necesario eliminar las causas, es decir, cambiar la estructura mental de esta época de masas y de emoción racionalizada. Ningún esfuerzo humano puede imponer tal curso a la historia. (Loewenstein, 1937b, pp. 656-657)

Prosigue precisando la necesidad de entablar una ligazón entre el factor autoridad, dinamizada con influjo liberal, y el factor de los derechos fundamentales, que deben ser garantizados por ella; asimismo, hace hincapié en la importancia de aprovechar las lecciones de las democracias caídas:

En este sentido, hay que redefinir la democracia. Debe ser —al menos durante la etapa de transición hasta que se haya logrado un mejor ajuste social a las condiciones de la era tecnológica— la aplicación de la autoridad disciplinada, por hombres de mentalidad liberal, para los fines últimos del gobierno liberal: la dignidad humana y la libertad.

Mientras tanto, dado que la mayoría de la población de todas las democracias observadas sigue siendo contraria a la mentalidad fascista, lo menos que cabe esperar es que los gobiernos encargados de los procesos constitucionales estén dispuestos a enfrentarse a la técnica fascista en su propio campo de batalla. El primer paso hacia la tan necesaria Internacional democrática es la conciencia del peligro común, junto con el reconocimiento de lo que han hecho otras naciones en situaciones similares. Descuidar la experiencia de las democracias fallecidas equivaldría a la rendición de las democracias vivas. (Loewenstein, 1937b, pp. 657-658)

En conclusión, la democracia militante es una propuesta del profesor Loewenstein para guarecer al régimen democrático-constitucional y el plexo de derechos fundamentales que lo fundamenta, de prácticas fascistas que, instaladas en instancias gubernamentales, no hesitan en desconocerlas sistemáticamente. Por lo desarrollado en sus dos investigaciones, se deduce que el modelo no se restringe al caso italiano: *la cuna del fascismo* y lugar donde alcanzó su cenit con Mussolini; ya que esta ideología recepta un común denominador observable en otros escenarios políticos: el pragmatismo autoritario de ciertos partidos que emplean las herramientas de construcción de la democracia para su destrucción.

Ejemplo de lo afirmado es el nacionalsocialismo, que también es una ideología cubierta por la democracia militante, en cuanto *lato sensu* es una variante del fascismo (por su inspiración y su proximidad con él). La afinidad de los idearios es tal que algunos autores los unifican para describir uno de los gobiernos más despóticos del siglo XX: el «Estado Nazi-Fascista», aquel sistema totalitario caracterizado por «la sumisión de la nación al líder» (Vallès, 2007, p. 111).

Un criterio análogo puede ser avizorado en las enseñanzas del profesor Harold J. Laski (1945), quien sin mayores ambages asume la postura y la resolución más rigurosa a adoptar en contra del fascismo: «Un sistema que aniquila todos los valores, salvo el poder, y que está dispuesto, sin contemplaciones, a emplear la guerra como instrumento natural de la política de la nación, o debe ser destruido o esclavizará a la humanidad entera» (p. 129).

4.2. El modelo italiano

Aunque la expresión objeto de buceo fue acuñada por un profesor alemán, lo cierto es que la inspiración para esta tiene sustento en la dinámica de una corriente de pensamiento política autoritaria que nació en Italia: el fascismo; cuyo epítome fue dado por Mussolini: «Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado».

A diferencia del caso alemán, la Constitución italiana de 1947 dispone sus resortes profilácticos antifascistas en el apartado de las disposiciones transitorias y finales, específicamente en la número XII:

Se prohíbe bajo cualquier forma posible la reorganización del disuelto partido fascista. Por excepción a lo dispuesto en el artículo 48, se establecerán por Ley, durante período no superior a un quinquenio desde la entrada en vigor de la Constitución, limitaciones temporales al derecho de voto y a la elegibilidad para los jefes responsables del régimen fascista.

Que el precepto trasuntado no tenga asidero en el articulado del texto fundamental no merma su estatus de norma constitucional, ya que, como refieren los profesores Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò y Francesco Pallante (2020): «Estas tienen la misma eficacia que las demás normas de la Constitución, es decir, son fuentes constitucionales» (p. 365). El constituyente optó por esta modalidad nomográfica porque las disposiciones finales (XII al XIV) «contienen normas que exceptúan a los derechos civiles y políticos generales, dictadas para la situación histórica particular italiana, al término de un ventenio fascista y al final del período monárquico» (Zagrebelsky *et al.*, 2020, p. 365).

Se comprende en consecuencia el recelo que el constituyente italiano de 1946-1947 tiene para con su pasado autoritario, los adeptos del fascismo que pervivan no podrán adoptar otras formas de asociación civil o política (mero camuflaje) para operar en el régimen republicano-democrático y destruirlo una vez más cuando se alcance el poder. *Id est*, existen restricciones al derecho de participación política en procura de la no reproducción de un pretérito sombrío: el Estado totalitario fascista, aquel donde «nada debe escapar a su poder» (Valencia, 2004, p. 305), ni la democracia ni los derechos humanos.

4.3. El modelo alemán

El esquema constitucional alemán está reglado por su ley fundamental (Constitución) de 1949, dispositivo normativo que, predicando tácitamente las previsiones de la militancia democrática, contempla salvaguardias y restricciones para impedir la reiteración de las tropelías nacionalsocialistas y el derecho nazi.

El derecho nazi es, como dijera el profesor Ingo Müller, «el pasado que Alemania no puede dejar atrás» como consecuencia de los cruentos

episodios que cohonestaron las premisas que lo sostenían; *v. gr.*, según un jurista del horror (Gürtner), quien «no reconocía la voluntad del *Führer*» como «fuente de derecho» no podía ser tolerado como juez (Müller, 2011, p. 282).

Este denominado «derecho degenerado» por el profesor Bernd Rüthers (2016) ha dejado una marcada impronta de ignominia para la historia de la cultura jurídica alemana hasta nuestros días; es recurrente recordar las atrocidades nazis como punto de inflexión para el debate en serio de los principios y los valores en el ámbito constitucional, así como factor impulsor del Estado constitucional europeo.

Por este lóbrego antecedente los constituyentes alemanes dispusieron primariamente que «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público» (art. 1.1 de su Constitución), así como una pluralidad de resortes profilácticos.

Para parificar los mecanismos aludidos debemos remitirnos al art. 21 (partidos políticos) de su norma suprema, ya que en él se preceptuó que los partidos políticos concurren a:

la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio. (inc. 1)

En lo atinente a su teleología de custodio, se determinó que

Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. (inc. 2)

Enfatizando lo dictaminado en el inciso 2, esto es, la inconstitucionalidad de aquellos partidos políticos que atenten o conculquen el sistema democrático y los derechos fundamentales, prosigue:

Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, quedarán excluidos de la financiación estatal. En caso de que se verifique su exclusión, también se suprimirán los beneficios fiscales y las asignaciones para estos partidos. (inc. 3)

El penúltimo inciso (4), por su parte, precisa el órgano encargado de ejercitar el control de constitucionalidad de las asociaciones partidarias: «El Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la constitucionalidad, de conformidad con el apartado 2, y sobre la exclusión de la financiación estatal, de conformidad con el apartado 3»; el inciso final (5) concluye encomendando al legislador la regulación de dicho apartado por medio de leyes federales, lo que implica una oportunidad para la legislación antinazista (o, en términos generales, antifascista).

Esgrimiendo la terminología empleada en el art. 139 de su texto constitucional, es plausible aseverar que el telos del art. 21 de su Constitución consiste en la desnazificación del pueblo alemán y la supresión de agrupaciones ciudadanas cuya plataforma ideológica guarde paralelismo con este; he ahí —se presume— la razón por la que el constituyente no circunscribió la proscripción especificando la nomenclatura del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán.

Con base en lo descrito, se constata que la democracia militante se encuadra en el paraguas conceptual de la democracia profiláctica por el blindaje constitucional y legal que dispone para su autopreservación, medidas que son una respuesta al nefasto período nazi y a los intentos de emularlo (partidos neonazis) para socavar el sistema democrático y los derechos fundamentales que lo subyacen.

Ante tal regulación, un obseso de la libertad de expresión y la participación política podría censurar al entramado constitucional alemán cuestionando: ¿no son acaso las medidas dispuestas una restricción excesiva a la libertad de una persona o un colectivo a promocionar las ideas nazis y la apología de Adolf Hitler? Mas la democracia militante alemana replicará: *sí, son severas; pero razonables.*

5. LA DEMOCRACIA DEFENSIVA

Es *probablemente* un segundo modelo de democracia profiláctica cuya terminología también puede ser rastreada en la segunda parte del trabajo del profesor Loewenstein (1937a), donde habló de «democracia en defensa propia».

Se resaltó el término «probablemente» porque en doctrina es dable observar que las locuciones democracia defensiva y democracia militante son empleadas como expresiones equivalentes; incluso se avista una tercera y una cuarta opción terminológica: la democracia combativa y la democracia no tolerante.

Considerando lo expuesto podría sostenerse que estamos ante un caso de sinonimia, mas la situación amerita mayores indagaciones. La democracia militante surge en el ámbito europeo para proveer contraccciones efectivas para frenillar la propagación del fascismo, una ideología que configura dos variantes del Estado totalitario: el Estado nazi y el Estado fascista, que socavan el régimen democrático y los derechos humanos. Por su parte, la democracia defensiva es acogida terminológicamente por Estados como Israel y Perú, que han tenido que lidiar (y aún lo hacen) contra organizaciones terroristas o secundadoras que atentan contra la seguridad del Estado.

Distinguidos los planos y haciendo uso de la noción macro formulada al principiar este trabajo, es plausible precisar los siguientes conceptos: la democracia militante y la democracia defensiva son *especies* de la democracia profiláctica, el *género*; una se focaliza en el campo político-partidario, y la otra se concentra en el ámbito terrorista.

Sin ánimos de menguar la afirmación expuesta, debemos reconocer que son locuciones asaz próximas conceptual, pragmática y teleológicamente: así como los promotores de ideologías totalitarias pueden organizar colectivos paramilitares o parapoliciales (*v. gr.*, las camisas pardas de Hitler y las camisas negras de Mussolini), las organizaciones terroristas pueden financiar o formar partidos políticos con actitud camaleónica (declaran ser democráticos, pero una vez en el gobierno actúan autocráticamente); en consecuencia, al salvaguardar la democracia y los derechos humanos la democracia militante guarece la seguridad del Estado

de enemigos internos, y viceversa, al brindar cobertura a la seguridad del Estado la democracia defensiva garantiza el régimen democrático y los derechos de sus ciudadanos de enemigos externos.

Se constata entonces que existe un paralelismo entre los basales axiológicos de la democracia militante y la democracia defensiva, base que es extractada por el profesor y expresidente de la Corte Suprema de Israel Aharon Barak (2020): «Ante este dilema, mi opinión es que la democracia puede y debe defenderse de aquellos que buscan destruirla. La democracia no puede permanecer neutral con respecto a los partidos políticos que pretenden erradicarla» (p. 272).

5.1. El modelo israelí

Durante un prolongado tiempo el pueblo de Israel permaneció sin un territorio delimitado y un entramado gubernamental que velara por sus intereses, *id est*, era una nación desprovista de Estado.

Este hecho tuvo un punto de inflexión tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, cuando las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1947, votaron una decisión que cristalizaría con la fundación del Estado de Israel el 14 de mayo de 1948. Las razones para dicho acaecimiento son múltiples: intereses británicos o estadounidenses, compensación por el holocausto judío, entre otras; pero el aspecto pertinente para la temática tratada es el tipo de democracia que se instituyó: una democracia defensiva.

Desde sus albores la democracia israelí ha sido compelida a adoptar una actitud de autodefensa, en particular por el episodio bélico de la Guerra de los Seis Días, oportunidad donde el Estado de Israel derrotó a la coalición de Egipto (denominado en aquel entonces República Árabe Unida), Siria, Jordania e Irak.

Conquistada la victoria y demostrando a sus enemigos que el Estado de Israel no será raído, el Gobierno israelí no ha podido —por razones «humanitarias»— acabar de forma absoluta (quizá por razones de derechos humanos) con el terrorismo que lo fastidia: es una constante en su actual historia que ha recibido respuesta con *vara de hierro*: «Ellos deben entender que si aquí llueve, allá habrá un diluvio» (Aurora, 2018, párr. 3), amonestó el entonces ministro de Defensa Avigdor Lieberman.

En razón de los antecedentes precisados, se constata que el pueblo de Israel ha debido lidiar con asiduos ataques terroristas y organizaciones promotoras del negacionismo de su calidad estatal, lo que ha impulsado a sus gobernantes a adoptar medidas profilácticas para guarecer la seguridad del Estado. Por ejemplo, la enmienda n.º 9 de la Ley Básica: la Knesset (su parlamento u órgano legislativo) ha dispuesto restricciones al derecho de participación de aquellos candidatos que nieguen la existencia del Estado de Israel como Estado del pueblo judío, su carácter democrático, o que promuevan el racismo (numerales 1-3)¹.

El contenido deóntico del precepto citado hallaría desarrollo en los dictámenes de la Corte Suprema de Israel; como en el caso *Yardor vs. Chairman of Central Elections Committee for Sixth Knesset* de 1965, donde el juez Yoel Zussman expresó:

estoy de acuerdo con la opinión de que la experiencia pasada nos obliga a no repetir el error del que todos fuimos testigos. Como afirmó mi estimado colega, el juez Cohen, el Tribunal Constitucional Federal alemán, cuando deliberó sobre la cuestión de la legalidad de un partido, habló de una democracia «combativa» que no abre sus puertas a actos de subversión disfrazados de actividad parlamentaria legítima. Por mi parte, en lo que respecta a Israel, estoy dispuesto a aceptar una «democracia defensiva», y las herramientas necesarias para defender la existencia del Estado están a nuestra disposición, aunque no se encuentren en la Ley Electoral. (The Nakba Files, 2011)

Como se apuntó con antelación, el profesor Barak es otro de los autores que, en doctrina científica y jurisprudencial, prohijó los postulados de la democracia defensiva; considérense sus argumentos vertidos en el caso *Velner vs. Chairman of the Israeli Labor Party* de 1994:

1 Para la lectura de la ley básica citada: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/666819/perez_natalia_anexo8_ley_basica_knesset%20_con_enmiendas.pdf?sequence=30&isAllowed=y

Todos nosotros, todas las ramas del gobierno, todos los partidos y facciones, todas las instituciones, debemos proteger a nuestra joven democracia. Este rol protector confiere al poder judicial como un todo y a la Corte Suprema en particular. Una vez más, nosotros, los jueces de esta generación, estamos encargados de velar por nuestros valores básicos y protegerlos contra quienes los desafían. (Barak, 2020, p. 265)

En síntesis, el pueblo de Israel, como soberano que es, ha decidido concesionar a su gobierno (órgano ejecutivo, legislativo y judicial) las competencias necesarias y pertinentes para *reducir* los embates que grupos terroristas y partidos hostiles pudieran propinar al estatus de Estado y al régimen que lo dirige; bienes fundamentales para su sociedad que son conglobados para su protección por la categoría genérica de «seguridad de Estado».

¿Los resortes profilácticos (*contracciones*) esgrimidos respecto a los derechos a la vida y a la participación política de algunos ciudadanos y personas en Israel son severos? Sí, pero —una vez más— *necesarios y pertinentes* para garantizar la seguridad de su Estado; Israel no es una democracia cándida que aguarda la calamidad, está a la defensiva.

Lo afirmado adquiere mayor relevancia y actualidad por lo acontecido la mañana del 7 de octubre de 2023 mientras se escribe este artículo. El grupo terrorista Hamás ha realizado un ataque de pronunciado calibre al Estado de Israel con más de cinco mil cohetes (según información del referido colectivo), que ha provocado la muerte tanto de militares como de civiles. Ante tal embate las nubes del diluvio comenzaban a cernirse; el primer ministro Benjamín Netanyahu ordenó la puesta en marcha de la operación Espadas de Hierro acompañado del siguiente mensaje: «El enemigo pagará un precio que no ha conocido hasta ahora. [...] Estamos en una guerra. Y la ganaremos» (DNews, 2023).

5.2. El modelo peruano

En el siglo XX el Estado peruano experimentaría acometidas severas a la seguridad interna de su pueblo, específicamente desde el 17 de mayo de 1980, fecha en que se quemaron ánforas electorales en la comunidad

de Chuschi (Ayacucho); el mentado hecho es de primera importancia porque, a criterio de Rodrigo Rivera (2020), constituyó «el inicio del terror», la declaración de «guerra al Estado y a la sociedad peruana» por el grupo terrorista Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso.

La contienda entre las fuerzas del orden (policías y militares) y las pérdidas humanas fueron de tal magnitud que el campesinado no pudo permanecer indiferente; fue así que este sector se organizó en Comités de Autodefensa Civil o Rondas Campesinas, uno de los «artífices fundamentales de la derrota» de Sendero Luminoso y cuyo primer denominativo se oficializó el 21 de julio de 1984, una fecha que es «recordada año a año en el sur del valle, con celebraciones cívicas» (Degregori *et al.*, 1996, p. 139). Estos colectivos fueron calificados de «mesnada» y subestimados en cuanto a su organización y su fuerza por los integrantes del grupo terrorista, actos que concluirían con su acorralamiento entre Ayacucho y Junín, un escenario propicio para la captura de su líder.

Una vez culminado el «conflicto armado interno» la sociedad peruana responsabilizó, a través del *Hatun Willakuy*² (informe) de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2004), a Sendero Luminoso:

del 54% de las muertes y desapariciones reportadas a la CVR durante su investigación. Sobre la base de los cálculos realizados, la CVR estima que la cifra total de víctimas fatales ocasionadas por dicha organización subversiva asciende a 31,331 personas. (p. 97)

La contienda se dio por fenecida de forma oficial en 1993 (Hurtado, 2006, p. 20) tras la firma de un acuerdo de paz entre el Estado peruano y Abimael Guzmán (principal líder de Sendero Luminoso), quien había sido capturado meses atrás: en la noche del 12 de septiembre de 1992.

No obstante haber cesado la guerra intestina, los episodios cruentos motivaron a determinados autores del país andino a *no olvidar* y a *evitar la reproducción* de estos; se observa por consiguiente la proposición de una democracia defensiva para el Perú.

2 Expresión quechua que puede traducirse como el «gran relato» o la «gran historia».

Esta es la postura que propugnaba el entonces presidente del Tribunal Constitucional del Perú Ernesto Álvarez Miranda, de quien trasuntaremos *in extenso* diversas ideas por la escasez de pronunciamientos análogos:

En nuestro país más de 30 000 muertos por la violencia de una ideología: el marxismo-maoísta, que aún hoy en día germina en las universidades, en los sindicatos, y en algunos círculos intelectuales e inclusive de trabajadores. Por tanto, el germen de la violencia aún permanece, de forma tal que sería necesario darle los instrumentos a la democracia para que no sea una democracia boba, como la misma teoría política lo señala, sino sea una democracia defensiva; nosotros tenemos el enemigo aun dentro, por tanto, en principio, tenemos que dotar al Estado y a la sociedad y a todos los elementos que sean correspondientes a la amenaza que sufrimos. (Willax Televisión, 2012, 2:42)

Antes de dar por concluida su entrevista subraya la necesidad de reflexionar sobre la imposibilidad de que una persona condenada por senderista pueda formar parte de estructuras públicas educativas, policiales o militares; la urgencia de instituir regulaciones que implicarán menoscabo a las libertades en aras de proteger a la sociedad; y el peligro de la presencia que tiene la ideología informadora del senderismo incluso en casas de estudios superiores como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

No obstante el discurso exhortativo del profesor Álvarez, que tiene por telos interceptar posibles réplicas de los cruentos episodios de una agrupación terrorista (Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso) articulada en pro de una ideología deletérea al sistema democrático y el plexo de derechos fundamentales (marxismo-maoísmo); el paradigma defensivo de democracia no es una temática de profusa indagación y difusión en Perú.

Es veraz que el Tribunal Constitucional ha declarado la militancia (o carácter defensivo) de la democracia peruana en el Exp. n.º 003-2005-PI/TC, del 9 de agosto de 2006.

Empero, a criterio del expresidente del Tribunal Constitucional, César Landa, las medidas defensivas (o militantes) han sido insuficientes, realidad que lo impelió a mocionar la configuración del Perú como una «democracia constitucional reforzada» o «democracia militante deliberativa», una labor que debería ser llevada a cabo por el bicentenario como un instrumento para el progreso de su república.

Arriba a esta proposición porque está convencido de que la democracia no es solo un «método de gobierno», sino que

es más que eso; [...] se trata de un régimen político no neutral, ni agnóstico, sino que profesa unos valores, una ética que irradia a todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, fundamento axiológico del concepto político de la Constitución. (Landa, 2021, párr. 5)

Combatir los «valores contrasistémicos» y las «acciones que pretendan utilizar las formas legales del sistema político y electoral, para atentar luego contra ellos, a través de la apología de la violencia presente o futura» (Landa, 2021, párr. 6) es una obligación ciudadana de superlativa atención para frenillar el avance de aquellos movimientos que pretenden (declarada o furtivamente) la conmoción indebida del sistema constitucional vigente. Pero el prolijamiento de un perfil defensivo (o militante) de democracia no será hacedero, con seguridad habrá oposición interna y externa.

La exigüidad, sin embargo, no es rémora para que se abogue por la institución de una democracia defensiva, debido a que existe suficiente repertorio teórico (doctrina nacional y comparada) y fáctico (los relatos de las víctimas y sus familias) para sustentarlo.

6. DEMOCRACIA NACIONALISTA. UNA PROPUESTA DE DEMOCRACIA PROFILÁCTICA PARA BOLIVIA

En los acápites precedentes hemos podido dar por adverbado que los modelos de democracia profiláctica: la democracia militante y la democracia defensiva concesionan una tutela reforzada a determinados bienes estimados como fundamentales por una sociedad: ora los derechos

humanos, ora el régimen democrático, ora la seguridad del Estado. Las categorías señaladas constituyen a su vez razones para traducir la cobertura reforzada predicada en resortes profilácticos que inciden restrictivamente en derechos fundamentales que podrían esgrimirse como arietes: la libertad de expresión y los derechos de participación política.

La experiencia comparada de los Estados de Alemania, Italia, Israel y Perú ha constituido el *iter* reflexivo y suministrador de información pertinente para pensar y repensar si es factible la construcción de un paradigma democrático militante o defensivo para la *República Plurinacional de Bolivia*³.

Analizando nuestra historia estimo que es plausible configurar a Bolivia en una democracia profiláctica, pero no igual a los modelos estudiados, ya que nuestra dinámica sociopolítica ostenta notas particulares —sus propias virtudes, sus propios defectos— que no se ajustan en plenitud a ninguno de ellos; por tal móvil denominaremos a esta clase: *democracia nacionalista*.

6.1. ¿Es necesaria una democracia profiláctica para Bolivia?

Prima facie la adopción de un prisma democrático represivo no resulta acorde para el ideario de los celosos defensores de una democracia donde prima un ejercicio cuasi irrestricto de la libertad de expresión y los derechos de participación política; no obstante, una pluralidad de estas voces con seguridad estarán fundadas en razones construidas sin considerar el pretérito y las ramificaciones que determinadas prácticas podrían conllevar de no reducírselas.

Los derechos humanos, el régimen democrático y la seguridad del Estado no son bienes insustanciales, y dan cuenta de ello los pueblos de Alemania, Italia, Israel y Perú, que en determinados momentos históricos se vieron asolados por organizaciones e ideologías que pudieron más que las virtudes civiles.

3 La nomenclatura referida es esgrimida por el autor en el ámbito constitucional (Cruz, 2023a, p. 40) para propugnar la reconciliación de las expresiones «República de Bolivia» y «Estado Plurinacional de Bolivia», que recurrentemente son introducidas en escenarios de pugilato sin tregua.

Anoticiados de los antecedentes empíricos de estas naciones, algunos autores abogan por la implementación de medidas profilácticas para su Estado, aunque estos no hayan experimentado un pasado luctuoso semejante, porque: *si aconteció en ellos, ¿por qué no en nosotros?* Así lo profiere el profesor Bruce Ackerman (2015) al cuestionarse: «¿No podría aparecer un Hitler en Estados Unidos igual que lo hizo en Alemania?» (p. 356).

Ackerman (2015) formula la interrogante precedente porque comprende los peligros de los «arrebatos de irracionalidad colectiva», y que la «demagogia es un riesgo endémico en todo sistema democrático» (p. 41). Por tal expediente, arriba a la conclusión de reforzar la protección de los derechos constitucionales del pueblo estadounidense: «Yo creo que sería una buena idea blindar la Carta de Derechos frente a la subsiguiente revisión por parte de una futura mayoría estadounidense atrapada en una especie de horrible paroxismo neonazi» (p. 35).

El espíritu de salvaguarda no es de menospreciar, es asunto de atención para las democracias avezadas y para las democracias oscilantes o bisoñas. El Estado boliviano tan solo es factible de ufanarse de ciento noventa y siete años de historia democrática fluctuante, o cuarenta y uno, si comenzamos un nuevo cómputo desde la recuperación del régimen democrático en 1982; con base en semejantes anales históricos es que afirmamos que necesita suscribir las ideas de la democracia militante o democracia defensiva descritas por el profesor Barak (2008):

No podemos dar por sentada la existencia continuada de una democracia. Este es sin duda el caso de las nuevas democracias, pero también es cierto para las antiguas y bien establecidas. El planteamiento de que «no nos puede pasar a nosotros» ya no puede aceptarse. Todo puede ocurrir. Si la democracia fue pervertida y destruida en la Alemania de Kant, Beethoven y Goethe, puede ocurrir en cualquier parte. Si no protegemos la democracia, la democracia no nos protegerá. (p. 1)

De acuerdo con lo reflexionado, se afirma que Bolivia debe distinguirse de la candidez democrática de España, que a pesar de haber

experimentado un proceso de pretensión de secesión desde el 2012 se ha negado a reconocer la necesidad de una democracia militante. El Tribunal Constitucional español ha declarado desde la STC n.º 48/2003, del 12 de marzo, que en su «ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante”»; un criterio que fue secundado por la STC n.º 111/2019, del 2 de octubre.

No obstante la autoridad de la corporación judicial, los dictámenes trasuntados no son compartidos en plenitud por la doctrina española; *v. gr.*, el profesor Josu de Miguel Bárcena (2020) critica el fallo de 2019 porque habría consolidado una «democracia desprotegida» fundada en equívocos argumentativos.

Los reproches son acertados, el proceso soberanista de la comunidad autónoma de Cataluña ha adquirido un pronunciado peso que no puede ser ignorado u observado deferentemente si el propósito de las instituciones públicas es la mantención indemne de la unión: cavílese el referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017.

Ante tales actos que vulneran patentemente el art. 2 de la Constitución española de 1978: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española»; el Parlamento y el Tribunal Constitucional de dicho Estado disponen de suficiente justificación para disponer una serie de medidas profilácticas y declarar el perfil militante de la democracia española, empero, este paradigma es resistido ingenuamente.

6.2. Un modelo singular

¿Por qué un modelo propio? Porque, como precisara el profesor judío Georg Jellinek (2005), en «los fenómenos sociales no existe lo idéntico, sino lo análogo» (p. 90); en el estudio particular de los Estados «no hay identidades absolutas, sino fenómenos análogos; las formaciones de índole real, vital, no son iguales, se asemejan simplemente» (p. 93). La historia de cada pueblo receipta un cúmulo de virtudes y defectos propios, por lo que cada uno necesita reflexionar y preferir autónomamente las respuestas adecuadas a sus problemáticas.

Nuestros anales no registran partidos totalitarios de talante fascista o nacionalsocialista, organizaciones que nieguen el carácter estatal de Bolivia, o prolongados combates contra colectivos terroristas. No

somos Italia, Alemania, Israel o Perú. Aunque podamos aprender de la experiencia comparada⁴, debemos hallar las herramientas idóneas para ventilar nuestras problemáticas en el foro interno y no en el foráneo como sugieren algunos cándidos periodistas; como afirmara el profesor Franz Tamayo cuando propuso su proyecto de ley capital de 1930: «No más plagio del europeo ni del yankee. Democracia nuestra para nosotros» (Torrez, 2021, p. 88).

Orientado por la directiva trasuntada es que ahora se propone un modelo profiláctico de democracia cuyo *telos* es *vigorizar la identidad de la nación boliviana*, la cual ha sido objeto de dos embates sociopolíticos: el separatismo y el divisionismo, afecciones que tienen la vis de profundizar el cisma entre bolivianos hasta arribar a consecuencias funestas para la República Plurinacional de Bolivia.

6.2.1. Identificación y descripción de las afecciones endémicas

Los hechos para ejemplificar la presencia de actitudes separatistas o divisionistas son profusos, pero el presente estudio se circunscribirá a lo acaecido en la historia nacional desde el año 2000 al presente (2023).

Principiemos el discurso democrático-nacionalista con la confección de conceptos *faro*. Entenderemos por separatismo: *toda acción pública o privada que realice o promueva la desmembración poblacional de uno o más de los colectivos departamentales de la nación*; y por divisionismo: *toda acción pública o privada que efectúe o incentive la discordia entre dos o más colectivos departamentales de la nación*. Por el contenido suministrado a ambas categorías se colige que estamos ante nociones de índole sociopolítica: involucran acciones desarrolladas por particulares o colectivos en sociedad susceptibles de repercutir en el plano político-estatal.

4 Es menester escudriñar el derecho comparado porque, como enseñaba el profesor Ignacio Burgoa Orihuela (1983): «ninguna institución jurídica, sea cual fuere la rama del Derecho a que pertenezca, nace en un sistema estatal determinado aislada completamente de un precedente extranjero, esto es, por modo *íntegra y absolutamente original*, ya que su aparición es en la mayoría de los casos la consecuencia de un proceso evolutivo previo que afecta o debe afectar a todos los órdenes de derecho que tengan un origen cultural común» (p. 7).

Los actos de separatismo en el presente siglo fueron avistables diáfananamente en diversas oportunidades: en grupos parapoliciales el domingo 10 de febrero de 2008, durante el mandato del ahora expresidente Evo Morales:

Los unionistas intentaron impedir el evento y frustrar el festejo de la población, al presentarse en el lugar con petardos, palos, piedras y banderas cruceñas que llevaban inscripciones con lemas como «independencia». Los unionistas quemaron y rompieron la bandera boliviana. (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales [CLACSO], 2008, p. 13)

En el tercer año del régimen del presidente Luis Arce, acaeció un movimiento similar durante el desarrollo y el receso de los treinta y seis días de paro en Santa Cruz por el censo «2023» (que se realizará en «2024»); donde ciudadanos, organizaciones y plataformas de redes sociales esgrimieron discursos separatistas. Así lo hizo el expresidente del Comité Cívico Pro Santa Cruz Rómulo Calvo, quien dirigiendo el cabildo del 13 de noviembre de 2022 preguntó a la ciudadanía cruceña: «¿Están todos de acuerdo en delegar al Comité pro Santa Cruz la convocatoria a una comisión constitucional que, en un marco legal y democrático, revise la futura relación política de Santa Cruz con el Estado boliviano?» (Imaña, 2022, párr. 7); la poeta Maritza Solíz al vociferar:

Cómo es posible que este pueblo ya no se pare y pida independencia, porque nosotros no nos parecemos en nada a los demás departamentos, nosotros somos un pueblo libre por naturaleza, nosotros deberíamos pedir independencia y deberíamos ser un solo país. (Cabildeo Digital, 2022)

Y diversas publicaciones en grupos de Facebook incentivaron la «independencia» del departamento, como Actualidad Santa Cruz, Soy Camba y Juventud Federalista.

El corolario de esta ideología quizá sean las palabras de Carlos Valverde en el foro 2.º Coloquio «Santa Cruz y su relación con el Estado», organizado por el Comité Cívico Pro Santa Cruz, oportunidad donde manifestó:

Yo soy de los que cree que es muy difícil ser boliviano siendo cruceño. [...] No estoy planteando separatismo, porque si fuera separatista lo dijera, y estuviera peleando por el derecho de poder expresar mi separatismo, porque debiéramos, si fuéramos Estado democrático, debiéramos tener el derecho de decir: yo quiero que nos separemos, y quiero ir a un referéndum [...], los canadienses lo tienen cada año. (ComiteProS, 2023, 41:40)

Los antecedentes precisados son de hacedera subsunción en el constructo conceptual de separatismo formulado con antelación, en cuanto constituyen acciones que tienen el potencial de promocionar la desmembración de uno de los colectivos departamentales del Estado: Santa Cruz.

La expresión más evidente esgrimida por algunos para declarar su separatismo fue la difundida en redes sociales: «independencia», y claro, el propio vocablo «separatista» de Valverde, que debido a su claridad no amerita mayores comentarios. Pero esta malignidad también puede ser incentivada de forma solapada, como lo hizo el comité cívico al emplear el verbo «revisar» en su eslogan separatista: revisar la relación de Santa Cruz con el Estado boliviano.

En algunos casos la cándida difusión de este tipo de pensamientos podrá ser excusada, en particular para los ciudadanos inductos en ciencia política y derecho constitucional; pero es irremisible para aquellos que gozan de una «intelectualidad» más pronunciada: Rómulo Calvo y su séquito asesor radical del comité por Santa Cruz tienen la suficiente cognoscibilidad y caudal económico para conocer y ser instruidos sobre las consecuencias de su obrar; *id est*, la pregunta, que después se convirtió en rótulo para foros, fue cavilada y elegida deliberadamente.

La interrogante del cabildo del 13 de noviembre de 2022 es susceptible de ser catalogada como separatista porque es constitucional

y legalmente inviable que un miembro de la *Unidad* pretenda entablar un nuevo pacto (revisión) como si de un soberano distinto se tratase; es como —en términos alegóricos y risibles— si el hígado cansado de la ingesta de alcohol decidiera autónomamente ser extirpado del cuerpo. En segundo lugar, es acreedora de esta crítica porque arbitra indebidamente los actos despóticos del gobierno de turno al Estado *in toto*; sus *hermanos en la bolivianidad*: el pueblo de Cochabamba, La Paz, Potosí, Tarija, Chuquisaca, Oruro, Beni y Pando, que junto con Santa Cruz hacen a la nación toda no pueden ser enjuiciados por los hechos que realice el Movimiento al Socialismo-Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos (MAS-IPSP).

De haber sido mínimamente asesorados pudieron haber modificado los términos de «Estado» por «Gobierno», pero ello también habría acarreado responsabilidades por significar un desacato a la autoridad constitucionalmente erigida. Desde nuestra perspectiva, debieron abogar de modo llano por la «revisión del acervo competencial del Estado».

Advertidos de la significación de las palabras —deliberadamente— empleadas, se empezaron a realizar discursos de aclaración y enmienda sobre el propósito de la pregunta del cabildo; así lo hizo el entonces vicepresidente del comité organizador Stello Cochamanidis: «En ningún momento tocamos el tema de federalismo ni independentismo, vamos a crear una comisión de notables para revisar cuál es el mejor futuro para Santa Cruz» (La Zurda Radio, 2022).

Al aseverar que no tenían cabida intentos de separatismo, el actual presidente del comité cívico de Santa Cruz, Fernando Larach, ha demostrado una actitud más mesurada que su predecesor. Se ha suprimido en diversos escenarios la locución «Estado boliviano» por «Estado Central» o simplemente Estado con significación gubernamental; y precisó durante la declaración sobre el informe preliminar del proyecto de relación que este buscaba «profundizar las autonomías» (no se habló de separatismo, sino de proyecto nacional y unidad nacional) (Condori, 2023).

Con las correcciones efectuadas parecería que *los vientos separatistas* han menguado, mas sería demasiado ingenuo suponer que pensamientos como el de Valverde, Calvo, Solíz y la Unión Juvenil Cruceñista se han difuminado.

El expediente para tal petición es complejo, desde la errónea inculpación de los actos del gobierno del MAS-IPSP al Estado hasta la errónea exégesis histórica de los antecedentes de la formación de la República Plurinacional de Bolivia (la infundada *tesis de la anexión de Santa Cruz*); no ahondaremos con mayor prolijidad en la segunda causa por cuanto estamos convencidos de que demanda un análisis detallado autónomo.

Limitémonos entonces a precisar el punto focal de la democracia nacionalista para con esta amenaza: evitar que el separatismo alcance su clímax en un proceso secesionista que conllevará la guerra civil (batalla cruenta entre hermanos).

El divisionismo, otro de los males de la bolivianidad, puede ser incardinado a las políticas y los diversos personajes del partido MAS-IPSP. Los partidarios de esta asociación incurren en actos de divisionismo por la prédica de un andinocentrismo (aimara y quechua en particular) cuyas políticas públicas y sociales excluyen o postergan a una pluralidad de miembros de nuestra sociedad; así lo denunció Álex Villca, vocero de la Coordinadora Nacional de Defensa de los Territorios Indígenas Originarios Campesinos de Bolivia: «Hay una intención de imponer una hegemonía de cultura sobre todo andina hacia todo el territorio nacional. Estaríamos hablando de un andinocentrismo y eso repercute de manera negativa para muchos pueblos que estamos en las tierras bajas» (Baldivieso, 2021, párr. 12).

El expresidente Álvaro García Linera es pecador de divisionismo por hipostasiar la participación política de los indígenas y los campesinos en menoscabo de los ciudadanos o las personas de tez clara (indígenas y campesinos vs. blancos y ciudadanos). El proceder endilgado fue exhibido cuando reclamó al actual jefe de Estado que «el gobierno tiene que volver a manos de indígenas y quechuas» (Apaza, 2023, párr. 2); y en 2016, cuando fomentaba el voto por el sí para la reforma del art. 168 de la Constitución: «El 2019, si decimos No (el 21 de febrero), la foto de Evo ya no va estar, (sino) puro k'aras, puro ellos, puro Dorias Medina, puro Sánchez Berzaín, puro Tutos Quiroga; si decimos No, así va ser la papeleta» (Correo del Sur, 2016, párr. 2).

No obstante los acontecimientos de la última década, estimamos que el acto que mayor divisionismo causó en la sociedad boliviana se efectuó durante el primer mandato del primer presidente del MAS-IPSP: Evo Morales.

La Asamblea Constituyente, que redactó el texto constitucional principal de la conocida ahora como reforma constitucional de 2009, tuvo una alta presencia del partido de turno: el MAS-IPSP contó con ciento treinta y siete escaños de doscientos cincuenta y cinco (Gamboa, 2009, p. 494); número de asambleístas que permitió que se realizaran enmiendas constitucionales sustanciales casi unilateralmente. Uno de ellos fue el reconocimiento de un nuevo símbolo del Estado —no de la nación— en el art. 6.II de la Constitución: la wiphala. Este símbolo ha generado profundas fracciones en la sociedad boliviana por su pretensión de sustitución, rivalidad y predominancia sobre la bandera nacional: en diversas protestas sociales con connacionales la magna tricolor ya no campea exclusividad, sino que compite con la wiphala (algunos ciudadanos incluso suelen otorgarle mayor valía).

La oposición a su validez como símbolo del Estado es de tal notoriedad que su presencia genera discordias en eventos protocolares de los departamentos del oriente. La resistencia a su uso se funda en que constituiría un ícono partidista o restringido a occidente; las controversias que se reproducen cada año no pueden ser ignoradas, porque estimulan el acrecentamiento del sentimiento divisionista progresivamente (oriente vs. occidente). La confección de este símbolo promovió a su vez que se propusiera la inserción de la bandera de flor de patujú como símbolo del Estado; moción que también rechazamos por cuanto ha sido esgrimido más como un símbolo de oposición contra la wiphala, acción que alienta las rencillas, además, no se tiene noticia de que haya recibido la refrendación legislativa de los otros dos departamentos que integran el oriente boliviano⁵.

5 No debe confundirse la «bandera de flor de patujú» del art. 2.4 del Estatuto Autonómico de Santa Cruz, con la «flor de patujú» del art. 11.4 del Estatuto Autonómico de Pando y el art. 6.II de la Constitución, símbolo departamental y auténtico símbolo nacional.

Transitando por este sendero divisionista, el presidente Arce emitió el Decreto Supremo n.º 4445, del 13 de enero de 2021, que en su artículo 1 dispuso la institución de una nueva «Imagen Gobierno» que supuso la suplantación indebida del «Escudo de Armas» por una cruz chakana.

Parénesis. Es menester clarificar que no manifestamos abyección por la wiphala y la cruz chakana, mas sí les negamos una carga de tradición histórica semejante a la de la bandera tricolor y el escudo de armas nacionales que imposibilita que figuren como un símbolo nacional del Estado. La implementación de estos símbolos buscaba la inclusión social, pero han sido más vehículos promotores del divisionismo entre bolivianos.

El divisionismo no es un fenómeno que se deba subestimar, por cuanto comparte caracteres con el separatismo: el desafecto entre dos colectivos regionales (occidente y oriente) podría alcanzar tales niveles de irreconciliación que ambos decidieran minar el principio de unidad; el segundo es por tanto el clímax del primero. En razón de lo advertido, es misión de la democracia nacionalista reducir los actos divisionistas provengan de donde provengan.

6.2.2. Identificación de los valores supremos que se deben salvaguardar

El separatismo y el divisionismo son afecciones presentes en la República Plurinacional de Bolivia que afectan valores superlativos de forma inmediata y mediata: la unidad nacional y la seguridad del Estado (respectivamente); magnos postulados que se hallan incursos en el entramado constitucional y subconstitucional.

El valor de unidad nacional figura en el antepenúltimo párrafo del preámbulo (como compromiso) y el art. 2 (como limitante del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas), el art. 8.II (como valor), el 9.3 (como fin y función esencial del Estado), el 30.II (como parámetro para los derechos de pueblos indígenas), el 80.II (como fin de la educación), el 108.13 (como deber constitucional), el 124.I.3 (como acto base para calificación del delito de traición a la patria), el 172.2 (como atribución del presidente del Estado) y el 270 (como principio de organización territorial) de la Constitución.

Asimismo, está recepcionado en la Ley n.º 073 de Deslinde Jurisdiccional de 2010 como principio de «Respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional. El ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional». En la Ley n.º 031 Marco de Autonomías y Descentralización está inmersa en el art. 1: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, [...] que garantiza la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos preservando la unidad del país»; el art. 5.1: «El régimen de autonomías se fundamenta en la indivisibilidad de la soberanía y del territorio boliviano, la cohesión interna del Estado y la aplicación uniforme de las políticas de Estado»; el art. 7.II.4: «Reafirmar y consolidar la unidad del país, respetando la diversidad cultural».

El art. 14.I:

La organización territorial tiene como finalidad fortalecer la cohesión territorial y garantizar la soberanía, unidad e indivisibilidad del territorio boliviano, estableciendo un sistema de organización del territorio que configure unidades territoriales funcional y espacialmente integradas de forma armónica y equilibrada.

El art. 99:

En virtud de que las relaciones e intercambios internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la unidad, soberanía y los intereses del pueblo, la distribución y el ejercicio de la competencia compartida, establecida en el Númeral 5, Parágrafo I del Artículo 299 de la Constitución Política del Estado, que debe darse entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas deberá ser regulada por ley.

Y el art. 136:

Todas las entidades territoriales autónomas cumplirán las obligaciones que la Constitución Política del Estado y las leyes establezcan,

resultando ineludible para ellas velar permanentemente por la unidad e integridad del Estado Plurinacional. Su incumplimiento generará las sanciones en sujeción a la Constitución Política del Estado y las leyes.

Es tal la cardinalidad de este valor supremo del Estado que el Tribunal Constitucional le adscribe el rango de pauta hermenéutica indefectible en la labor interpretativa constitucional y legal (SCP n.º 1714/2012, 1 de octubre).

Con base en el marco deóntico referencial aludido se constata que la unidad nacional es una categoría multidimensional en nuestro sistema constitucional: es un principio, un valor, un fin, una función del Estado, un limitador, un referente, un deber y un criterio exegético. Debido a esta configuración su contenido es plural, empero, para los fines de nuestra investigación, nos focalizaremos en dos elementos que hacen a la esencia de este.

a) Promoción de la hermandad departamental. Es un deber demandable a autoridades públicas de los distintos niveles y ciudadanos en general para que se incentive la formulación de políticas públicas de fomento a las actividades culturales unificadoras de los nueve colectivos departamentales, con el propósito de difuminar las discordias regionales que pudieran existir. En este componente se priorizan los valores respeto, reciprocidad y complementariedad cultural entre las regiones, los cuales son necesarios para fortalecer y dotar de mayor cohesión a la identidad nacional que se construye con los insumos suministrados por todas ellas.

b) Preservación de la cohesión nacional. En disimilitud al componente anterior, este es de naturaleza eminentemente represiva, por cuanto su objetivo es proscribir aquellas prácticas (políticas, jurídicas y sociales) que propendan a la escisión o estratificación confrontativa entre los colectivos departamentales. Ergo, las políticas públicas a disponer pueden implicar medidas severas, verbigracia: la restricción de derechos fundamentales.

El valor de la seguridad del Estado ostenta igualmente rango constitucional por su expresión normativa en los arts. 9.2 (como función

y fin del Estado), 137 (como presupuesto para la activación del estado de excepción), 172.16 (como atribución del presidente del Estado), 244 (como misión fundamental de las fuerzas armadas), 298.I.6 de la Constitución; no se cita otros preceptos del articulado fundamental por cuanto no debe ser confundido con el principio-derecho a la seguridad jurídica o la seguridad alimentaria o industrial, categorías relacionadas mas no pertinentes a la materia tratada. Asimismo, puede ser hallada en la Ley n.º 1341 de Estados de Excepción de 2020.

Dentro de la temática de la seguridad del Estado la interpretación predominante se concentra en el factor de ataque externo: los embates que una unidad estatal pueda sufrir por organizaciones ajenas a su perfil nacional: p. ej., los ataques palestinos a Israel. No obstante, restringir el análisis de este principio al ámbito exterior es una lectura miope, ya que la experiencia de otros pueblos (Italia, Alemania y Perú) nos alecciona que las acometidas pueden provenir de los miembros del propio Estado.

Restringiéndonos al ámbito de los ataques internos, el principio de seguridad del Estado es susceptible de desplegar dos dimensiones íntimamente vinculadas:

a) Preservación de la integridad nacional. La nación boliviana es una e indivisible, compuesta de nueve colectivos departamentales que comparten nexos históricos y culturales entrañables que no se limitan a un solo acto de fundación (6 de agosto de 1825); la unidad consiste por consiguiente en una construcción constante durante el devenir de casi dos siglos (sin contar las comunicaciones provinciales durante el yugo español).

La unión de dicho pueblo es fundamentada por la prominente riqueza cultural, que ha motivado a que se reconozca —de forma tardía— constitucionalmente el carácter multiétnico y pluricultural en 1994 y 2004, y, con mayor vigor, la propiedad plurinacional de nuestra república en 2009. En razón de tal realidad cultural heterogénea: *los rostros de la bolivianidad*, hemos sostenido que Bolivia es una nación plurinacional o compuesta factible de ser simbolizada con un poliedro.

A partir de esta interpretación se infiere que las diversas culturas que radican en los nueve departamentos forman una unidad que gobernantes y gobernados estamos compelidos a asegurar.

b) Preservación de la integridad territorial. Es una consecuencia del primer elemento que refiere que a los nueve colectivos departamentales existentes les corresponden sus respectivos espacios geográficos, los cuales deben ser resguardados y respetados en sus extensiones.

Este subprincipio (y, claro, el primero) fue objeto de desafío por el plan Media Luna, que conglobaba a personas que predicaban la separación del país en dos bloques: La Paz, Cochabamba, Oruro, Potosí, el primero; y Pando, Beni, Santa Cruz, Tarija y Chuquisaca, el segundo. La abyecta pretensión separatista fue difuminada, pero esto no obsta que aún tengamos entre nosotros a adeptos suyos.

Ante el paralelismo de contenido entre el valor unidad nacional y seguridad del Estado, podrían unificarse ambos postulados en el principio de *unidad/seguridad de la nación*, en cuanto garantizar la unión de los miembros es velar por la seguridad del todo, y porque la integridad de los componentes brindará soporte a la unión.

Dado que el separatismo y el divisionismo son afecciones presentes en nuestra sociedad, es menester no pecar de cándidos que aguardan la calamidad sociopolítica; en la actualidad estas problemáticas no tienen la fuerza para arribar a su cenit (secesionismo y separatismo), pero vulneran la unidad, y en el porvenir, adquiriendo mayor protagonismo, podrían atentar contra la seguridad interna del Estado.

En este punto, sería oportuno diferenciarse de Perú, que, habiendo padecido un cruento episodio con Sendero Luminoso, no asume las medidas defensivas o militantes para sortear su resurgimiento (como alerta Álvarez Miranda); o España, que se mantiene candorosa ante el robustecimiento del proceso soberanista catalán. Aproximémonos entonces a la directriz judicial estadounidense e instituyamos la *máxima* de la democracia nacionalista: *Nuestra Constitución contempla una unidad inderruible de departamentos inderruibles*⁶.

6 El apotegma vertido es la versión del autor de la doctrina judicial sentada en el caso Texas vs. White de 1869, zanjado por la Corte Suprema de Estados Unidos: «La Constitución, en todas sus disposiciones, contempla una unión indestructible, compuesta por Estados indestructibles».

6.2.3. Proposición de resortes profilácticos

Como referimos, Bolivia no ha padecido embates, como los experimentados por otros Estados, que hayan forzado a su sistema político a proveerse de dispositivos constitucionales o legales que prohíban la configuración de partidos políticos u organizaciones sociales con determinada ideología: negadoras de la calidad de Estado o promotoras de guerras intestinas.

En razón de lo advertido, las primeras medidas profilácticas a asumir deben ser de tipo pedagógico: se requiere políticas públicas que *refuercen* la identidad nacional por medio de la interacción e integración cultural de los nueve colectivos departamentales. Se emplea el verbo reforzar y no implementar, pues es evidente que algunas medidas ya están en ejecución desde hace más de dos décadas: la enseñanza y la práctica de danzas culturales de oriente en occidente y viceversa en unidades educativas; mas no es suficiente. Considero menester instituir mayor carga horaria a las asignaturas de historia: el pueblo necesita conocer no solo la historia nacional, sino también la historia de complementariedad de los nueve departamentos, con el propósito de construir un respeto mutuo entre las regiones que sea el basal para el enaltecimiento del sentimiento de pertenencia a la bolivianidad.

De no ser suficiente la instrucción y de formarse partidos políticos o agrupaciones ciudadanas que promuevan el separatismo o divisionismo, será necesario recrudescer los resortes profilácticos. En respeto al art. 109.II: «Los derechos y sus garantías solo podrán ser regulados por la ley»; se estima adecuada la configuración de una ley que niegue el reconocimiento de asociaciones partidarias y disponga la deposición de legisladores (de los distintos niveles de gobierno) cuya ideología y discursos alienten las dos afecciones identificadas. La medida descrita no puede ser catalogada como draconiana, ya que no resulta tolerable que asambleístas nacionales empleen su fuero de la inviolabilidad (art. 151.I de la Constitución) para proferir discursos separatistas o divisionistas.

Complementaria a la proposición referida, será propicia la elaboración de una ley que sancione a los medios de comunicación que den asidero a la difusión de información respecto al separatismo o divisionismo.

El cenit de la legislación nacionalista (militante diría Loewenstein, defensiva para Zussman) será avizorable cuando las leyes previamente esbozadas se mostraren inidóneas y sea menester transitar al ámbito penal, *id est*, la definición de separatismo y divisionismo como delitos.

Que este sea el eslabón final de los dispositivos profilácticos es una posición que no es de extrañar, por cuanto es un recurso ideado en respeto al principio de *ultima ratio* del derecho penal; y porque, como apuntaba Loewenstein, las medidas militantes o defensivas serán meros instrumentos subsidiarios que no valdrán el tiempo que se dispuso en su ideación ni la tinta y el papel que se gastó en su impresión, de no formar —en nuestro caso— una *voluntad nacionalista*: he ahí la razón por la que principiamos este acápite con políticas pedagógicas antes que represivas.

6.3. Justificación histórica

El fuste histórico nuclear de la democracia nacionalista es el *derecho de conservación* que el pueblo boliviano tiene para salvaguardar la unidad y la seguridad de los elementos que lo asisten como nación y Estado.

El mentado derecho no es una cuestión novedosa, es un mayestático deber que nos ha sido legado desde los primordios de nuestro devenir como nación independiente de fuerzas europeas y vecinas. Una de sus expresiones más nobles se encuentra en el mensaje del *Mariscal de Ayacucho*, Antonio José Francisco de Sucre y Alcalá, al Congreso Constituyente del 2 de agosto de 1828:

Aun pediré otro premio a la nación entera y sus administradores: el de no destruir la obra de mi creación, de conservar por entre todos los peligros la independencia de Bolivia, y de preferir todas las desgracias y la muerte misma de sus hijos, antes que perder la soberanía de la república que proclamaron los pueblos y que obtuvieron en recompensa de sus generosos sacrificios en revolución. (Arze, 2015, p. 249)

Sucre era extranjero, venezolano, pero esto no obstó a que su último suspirar en nuestras tierras fuera su obra: Bolivia. La contribución de

este hombre no es de menospreciar, él nos legó el decreto de 9 de febrero de 1825, ley fundamental con la que «La historia del constitucionalismo boliviano en general» comienza «a escribirse» (Cardozo, 2008, p. 23). Por tal contribución es merecedor de figurar entre los *padres de la nación*.

Pero, y como sostuvimos, la unidad de la nación boliviana no se circunscribe a un solo acto ni a un solo lustro, es una formación de casi dos siglos en los que los distintos elementos culturales han coexistido complementándose mutuamente. Recuérdese la Gloriosa Batalla de Ingavi de 1841, donde José Miguel de Velasco brindó sus tropas a José Ballivián Segurola, para que en hermandad resistieran al invasor peruano Agustín Gamarra. En tal acto Velasco no actuó como cruceño ni Ballivián obró como paceño, todos empuñaron sus armas para defender la bolivianidad.

En la Guerra del Chaco (1932-1935) la bolivianidad volvería a ser retada, esta vez por un invasor paraguayo. Las pérdidas fueron considerables, pero el momento bélico promovió el surgimiento de otro *padre de la nación*: el presidente Germán Busch Becerra, cuyo arrojo en el campo de batalla y firmeza en su determinación doblegaron al supuesto vencedor para que aceptara las condiciones del cese de hostilidades. *El campeón de la Guerra del Chaco* era cruceño, su ideología era Bolivia, y su sostén los regimientos de veteranos compuestos de los distintos colectivos departamentales.

La impronta de los hechos narrados es clara, los bolivianos tenemos una magna responsabilidad de conservar aquello que Sucre, Ballivián y Busch nos encomendaron preservar, sea de enemigos externos o internos: nuestra *unidad inderruible de departamentos inderruibles*.

7. DILUCIÓN DE POSIBLES CRÍTICAS

Es inexorable que el prohijamiento de un perfil defensivo, militante o nacionalista —en nuestro caso— despierte cierta zozobra para aquellos inclinados a la defensa irrestricta de la libertad de expresión y los derechos de participación política. Las críticas serán por consiguiente endógenas como exógenas; pero, como afirmara el profesor Jorge Pando Gutiérrez (1947): «antes que los sentimientos humanitarios están los intereses de Bolivia» (p. 138).

Permitiéndonos vaticinar el porvenir posterior a la difusión de esta propuesta, refutaremos los contraargumentos que podrían esgrimirse para enervar la importancia y la necesidad de la democracia nacionalista.

a) Discurso adverso a la nomenclatura. En aras de sortear el enroscamiento de las ideas expuestas en una especie de *putsch nazi*⁷, se asevera taxativamente que el adjetivo «nacionalista» no guarda paralelismo ideológico alguno con el nacional-socialismo de la Alemania nazi.

El nacionalismo que inspira a la democracia nacionalista diseñada para Bolivia no es aquel que el profesor Julio R. Barcos (2013) calificó como «catástrofe moral» o «religión del odio» que produjo una «espantosa orgía de sangre» (p. 83) durante la primera mitad del siglo XX; sino que se yergue como una bandera que predica la unidad del pueblo boliviano con el propósito de vigorizar la identidad nacional y rehuir al separatismo y divisionismo.

No se pretende entonces la conversión del Estado constitucional social democrático de derecho en un Estado totalitario depredador de sus vecinos como el concebido por Mussolini o Hitler. Si se tuviera que añadir mayores vocablos para evitar la crítica terminológica, podríamos distinguir, como lo hace entre nosotros el profesor Alipio Valencia Vega (1979), entre nacionalismo agresivo y nacionalismo democrático.

El primero de ellos se caracteriza porque:

exalta de una manera excesiva y enfermiza la Patria nacional, de tal manera que llega a considerar que solamente la propia nacionalidad

7 La expresión es empleada por historiadores nacionales para hacer referencia a lo acontecido el 18 de julio de 1941, día en que el secretario de la legación de Estados Unidos: Douglas Jenkins, informó a la cancillería sobre una carta firmada por el mayor Elías Belmonte (agregado de la embajada boliviana en Alemania) cuyo destinatario era Ernest Wendler, representante de la embajada alemana en La Paz, y que contenía supuestamente la pretensión de derrocar al gobierno de turno e implementar uno pronazi. No obstante la severidad de las acusaciones, la falsedad de la información sería declarada después de efectuadas las respectivas investigaciones; según Carlos Mesa: «el agente inglés había fraguado la carta del “putch nazi” como parte de la estrategia aliada para desmoronar las corrientes pro-alemanas de América Latina» (Mesa *et al.*, 2007, p. 455).

tiene derecho a vivir sojuzgando y sometiendo a su servicio y a su tiranía a las demás nacionalidades del mundo, a las que considera inferiores. (Valencia, 1979, p. 20)

El segundo destaca por ser:

heredero del viejo nacionalismo europeo y que sustentan los pueblos débiles y atrasados que aspiran a su unidad nacional para lograr su crecimiento económico que fundamente su bienestar material y cultura de todas sus clases. Este nacionalismo, por ser una aspiración natural de mejoramiento para los pueblos y no buscar la humillación ni la opresión de otros, es esencialmente democrático. (Valencia, 1979, p. 20)

Por las precisiones efectuadas se colige hacederamente en cuál de los dos ramos se enlista la democracia nacionalista.

b) Discurso de la promoción del chovinismo. Se focaliza en lo nuestro —que es asaz abigarrado— sin denigrar lo foráneo —que es múltiple—. Como todo nacionalismo (europeo, americano, etc.) el proyectado es una afirmación de la bolivianidad por sobre las demás nacionalidades, lo que no es argumento valedero ni suficiente para tildar a la democracia nacionalista de chovinista, *id est*, una desmesurada exaltación que redundaría en perjuicio de los extranjeros.

La democracia nacionalista es democrática, no minusvalora la cultura foránea, aprovecha e integra los beneficios de la experiencia cultural de otros pueblos a la suya en el marco de un pluralismo jurídico focalizado en derechos humanos (Cruz, 2023b) que tiene por filtro un criterio de selectividad: «Bienvenidos. Enriquezcan nuestra cultura y nuestras costumbres, pero dejen atrás su barbarie, porque ya tenemos suficiente con la nuestra» (Bunge, 2009, p. 176).

Suficiente tiempo ya ha transcurrido para que nuestra patria se haya provisto de hombres con la capacidad idónea para administrar el Estado en sus diversos departamentos; por tal motivo, enfatizamos nuestra crítica a la obra del constituyente de 2006-2009, que desdibujó el requisito de la nacionalidad de origen para los cargos de máxima

instancia gubernamental: la presidencia del Estado, la presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la presidencia del Tribunal Constitucional y la presidencia del Tribunal Supremo Electoral. Esto, una vez más, no es chovinismo, porque responde a razones de seguridad de Estado y porque no impide que intelectuales extranjeros contribuyan a la conducción del Estado como asesores externos.

c) Discurso de la absorción de la identidad local. Ser boliviano no es un óbice para ser cruceño, pandino, beniano, paceño, potosino, orureño, chuquisaqueño, tarijeño o cochabambino; el afirmar la nacionalidad boliviana no implica la dilución de las particularidades de las distintas identidades locales, por cuanto estas son componentes de la primera.

El sentimiento de pertenencia a la bolivianidad, con mayor vigor en algunas regiones, *a contrario sensu* de lo que pudieran interpretar otros autores, no es un artificio ilegítimo: es un momento de encuentro para que los distintos colectivos departamentales puedan loar las glorias comunes.

En razón de lo vertido, la democracia nacionalista no pretende suprimir las identidades departamentales, sino exaltar las virtudes específicas de cada miembro de la unidad: la bolivianidad es en esencia heterogénea.

8. CONCLUSIONES

Un análisis empírico comparado de las democracias nos acusa que algunos Estados han sido acreedores de serios embates por medio de los presupuestos que se figura deberían sostenerlos: la libertad de expresión y los derechos de participación política. Esta es la historia de Italia, Alemania, Israel y Perú, Estados constitucionales cuyo régimen democrático, derechos humanos y seguridad estatal fueron y continúan (en algunos casos) en constante asedio o amenaza por agentes internos o externos.

Ante el pasado sórdido y en aras de que los derechos constitucionales no estén inermes una vez más, la democracia italiana, alemana e israelí han prohiado un perfil de custodio que, para fines investigativos, denominamos *democracias profilácticas*.

El cariz de estos modelos de organización democrática es de índole preventiva como represiva, su telos es evitar la *reproducción* y propiciar la *reducción* de aquellos episodios que promovieron o favorecen que la democracia sucumba, a partir de la institución de restricciones constitucionales y legales (resortes profilácticos) de derechos fundamentales que ostentan la vis para servir a tal fin.

Con base en el género —democracias profilácticas— ha sido plausible adscribir en este dos paradigmas —especies— presentes en los continentes europeo, asiático y —aunque incipientemente— americano: la democracia militante y la democracia defensiva.

Enrolamos en el primer subtipo la experiencia italiana y la alemana, unidades estatales donde se configuraron Estados de corte totalitario informados por la ideología fascista y nazi, respectivamente. El ideario que vehiculizó a dichos entramados desinstaló el sistema democrático y, con él, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de una parte de los ciudadanos.

Advertidos de su cruento pretérito, las democracias italiana y alemana se despojaron de su perfil ingenuo y decidieron configurarse constitucionalmente como democracias militantes. La ramificación que conllevó tal determinación fue la disposición de una cohorte de limitaciones a derechos fundamentales: p. ej., la interdicción del partido fascista, nacionalsocialista, y de aquellas agrupaciones que guardasen paralelismo ideológico con ellas.

En el segundo subtipo se hallan Israel y Perú, Estados que bregaron y permanecen en amenaza de ataques terroristas o colectivos que los apoyan. Mientras el primero batalla contra Hamás y Hezbolá hasta nuestros días (octubre de 2023); el segundo ha finiquitado con la existencia del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, lo que no ha sido suficiente para raer la ideología que lo motivaba en algunos sectores de la sociedad peruana (se amonesta su presencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

Aunque ambos Estados experimentaron acometidas análogas, la respuesta ha sido disímil. La Knesset y la Corte Suprema de Israel no han dubitado en declarar a dicha comunidad política organizada como una democracia defensiva, e instituir un conjunto de límites a la participación

política de partidos que nieguen la calidad de Estado a Israel. En Perú, su Tribunal Constitucional ha reconocido la calidad democrático-defensiva (o militante) del Estado, pero los recursos profilácticos son estimados insuficientes por la doctrina constitucional (Álvarez), razón por la que se aseveró que una de las tareas del bicentenario peruano debe ser la construcción de una democracia militante deliberativa (Landa).

Los peligros de no asumir un modelo profiláctico de democracia cuando el pasado y las prácticas deletéreas al sistema lo exigen serán la sustantivación efectiva de estas, lo que supone serias consecuencias para el Estado indiferente. En atención a la amonestación formulada mencionamos periféricamente el caso español, donde la unión de la nación española está en grave amenaza por el robustecimiento del proceso soberanista de Cataluña y la candidez de las instituciones públicas llamadas a conservarla.

La experiencia comparada (y su sustento teórico) nos alecciona, la preservación del régimen democrático y lo que este alberga es una labor demandable a las democracias experimentadas como bisoñas, en particular para aquellas con un historial oscuro, oscilante y que lidian con problemáticas que minan sus bienes superlativos.

Anoticiados próxima (Perú) y remotamente (Italia, Alemania e Israel) de lo acaecido en otros pueblos, se asevera que la democracia de la República Plurinacional de Bolivia no puede permanecer neutral (Barak), ni autocomplaciente y en letargo suicida (Loewenstein), a las afecciones que conculcan y atentan contra su unidad nacional y su seguridad estatal: el separatismo y el divisionismo.

Las problemáticas identificadas son malignidades progresivas y debemos evitar que arriben a su clímax: el divisionismo engendrará separatismo, y este a su vez engendrará secesionismo. La democracia boliviana no puede ser ingenua ante el avance de estas afecciones, sino que debe ser impávida y disponer los medios necesarios para reducir las.

Para hacerles frente, el autor propuso una serie de resortes profilácticos: desde el reforzamiento de políticas públicas pedagógicas hasta la confección de legislación penal. El orden de la moción se funda en la necesidad de vigorizar la identidad nacional a través de la interacción e integración cultural antes que la exclusión política y la represión penal;

porque será la *voluntad nacionalista* la que fomentará el sentimiento de pertenencia a la bolivianidad y difuminará con eficacia el separatismo y el divisionismo. De nada valdrán los recursos a proveer si los ciudadanos de los distintos colectivos departamentales persisten en sus tesis históricas y acusaciones infundadas, así como en sus continuas reyertas regionales.

Identificadas las serias afecciones a zanjar y los prominentes valores a conservar, se aseveró que es necesario que Bolivia asuma un perfil singular de democracia profiláctica: llámesele democracia nacionalista; un modelo que, como se argumentó, no guarda nexo alguno con el nacionalsocialismo, el chovinismo ni la supresión de la profusa heterogeneidad cultural, sino que tiene por telos *reducir* las prácticas separatistas y divisionistas para *vigorizar* la identidad nacional.

No incurramos en la ingenuidad peruana o española de subestimar hoy la gravedad de las acciones que amenazan nuestros marcos axiológicos fundamentales, a fin de que mañana no seamos testigos de la germinación de calamidades que propenden a la destrucción de nuestra *unidad inderruible de departamentos inderruibles*.

En réplica a regionalistas radicales (como los señalados en 6.2.1), debemos aseverar una vez más que Bolivia no es Canadá ni España, tampoco es Italia, Alemania, Israel o Perú, la nuestra es una historia que debe ser contada por nosotros, la nación boliviana.

Como democracia boliviana tiene derecho a *militar* y a *defender* su nacionalismo, y como soberana que es, tiene la potestad de decidir no ser tolerante con aquellos que no toleran su unidad; tiene por tanto el derecho a ser una *democracia nacionalista*.

REFERENCIAS

Ackerman, B. (2015). *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Traficantes de Sueños.

Apaza, J. (2023, 4 de abril). García se decanta por Morales: «A Luis le reclamo, el Gobierno tiene que volver a los indígenas». *La Razón*. <https://www.la-razon.com/nacional/2023/04/04/garcia-se-decanta-por-morales-a-luis-le-reclamo-el-gobierno-tiene-que-volver-a-los-indigenas/>

- Arze, J. R. (2015). *Antología de documentos fundamentales de la historia de Bolivia*. Biblioteca del Bicentenario de Bolivia.
- Aurora (2018, 10 de mayo). Ministro israelí advierte a Irán: «Si nosotros tenemos lluvia, ellos tendrán un diluvio». <https://aurora-israel.co.il/ministro-israeli-advierte-a-iran-si-nosotros-tenemos-lluvia-ellos-tendran-un-diluvio/>
- Baldivieso, G. (2021, 30 de septiembre). Los indígenas y la quimera del Estado plurinacional en Bolivia. *Swissinfo.ch*. https://www.swissinfo.ch/spa/bolivia-ind%C3%ADgenas_los-ind%C3%ADgenas-y-la-quimera-del-estado-plurinacional-en-bolivia/46992206
- Barak, A. (2008). Human rights in times of terror – A Judicial point of view. *Law Commission. Reforming the Law*, 1-21.
- Barak, A. (2020). *La aplicación judicial de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos y teoría constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Barcos, J. R. (2013). *Cómo educa el Estado a tu hijo y otros escritos*. Unipe.
- Bunge, M. (2009). *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*. Gedisa.
- Burgoa, I. (1983). *El juicio de amparo* (20.^a ed.). Porrúa.
- Cabildeo Digital (2022, 21 de diciembre). *Pide la independencia de Santa Cruz* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=UBMuzRrEsHk&t=2s>
- Cardozo, R. E. (2008). *El proceso de amparo en Bolivia* [Tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación (2004). *Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú*. Corporación Gráfica Navarrete.
- ComiteProS (2023, 18 de mayo). *2º foro para revisar la relación de Santa Cruz con el Estado central con líderes cruceños de opinión* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=855NwInvfYo&list=PLGajSUQa09EeCFk49CXbEFa3DHPU3HrYh&index=9>

- Condori, E. (2023, 27 de septiembre). Santa Cruz en su «nueva relación con el Estado» pide que se acabe con el «ultraje» en su contra. *El Deber*. https://eldeber.com.bo/amp/santa-cruz/santa-cruz-en-su-nueva-relacion-con-el-estado-pide-que-se-acabe-con-el-ultraje-en-su-contra_341451
- Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) (2008). *Cronología del conflicto social. Bolivia 2008*.
- Correo del Sur (2016, 9 de enero). *Vice: Si gana el No habrá puro candidatos «k'aras»*. https://correodelsur.com/politica/20160109_vice-si-gana-el-no-habra-puro-candidatos-karas.html
- Cruz, R. R. (2022). La disyuntiva hubo/no hubo golpe de Estado: una confrontación argumentativa. *Revista de Derecho de la UCB*, 6(11), 11-61. <https://doi.org/10.35319/lawreview.20221180>
- Cruz, R. R. (2023a). El ascenso a cláusula pétrea implícita del carácter plurinacional de la República de Bolivia. Un capítulo de derecho constitucional comparado. *Revista LP Derecho*, (5), 11-42.
- Cruz, R. R. (2023b). Pluralismo jurídico enérgico vs. multiculturalismo selectivo. Una visión desde el contexto boliviano. *Revista Justicia(s)*, 2(1), 57-74.
- Degregori, C. I., Coronel, J., Pino, P. del y Starn, O. (1996). *Las rondas campesinas y la derrota de Sendero Luminoso*. Instituto de Estudios Peruanos.
- DNews (2023, 7 de octubre). «*Estamos en guerra*», el mensaje del primer Ministro Benjamín Netanyahu [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=nk8D7N8QopA>
- Fayt, C. S. (1994). *La omnipotencia de la prensa: su juicio de realidad en la jurisprudencia argentina y norteamericana*. La Ley.
- Gamboa, F. (2009). La Asamblea Constituyente en Bolivia: una evaluación de su dinámica. *Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 16(3), 487-512.

- Hurtado, L. (2006). *Trazando puentes: conflicto armado interno, formación militar y la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú*. CLACSO.
- Imaña, T. (2022, 14 de noviembre). Censo: Comité sale a explicar en sus redes qué significan las preguntas del cabildo. *El Deber*. https://eldeber.com.bo/santa-cruz/censo-comite-sale-a-explicar-en-sus-redes-que-significan-las-preguntas-del-cabildo_303842
- Jellinek, G. (2005). *Teoría general del Estado*. B de F.
- La Zurda Radio (2022, 15 de noviembre). *Cochamanidis: «En ningún momento tocamos el tema de federalismo ni independentismo»*. <https://noticias.unitel.bo/politica/en-ningun-momento-tocamos-el-tema-federalismo-o-independentismo-afirmo-lider-civico-JF5142847>
- Landa, C. (2021, 27 de julio). Democracia militante y bicentenario de la independencia. *Justicia en las Américas*. <https://dplfblog.com/2021/07/27/democracia-militante-y-bicentenario-de-la-independencia/>
- Laski, H. J. (1945). *Reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*. Abril.
- Loewenstein, K. (1937a). Militant democracy and fundamental rights, I. *American Political Science Review*, 31(3), 417-432.
- Loewenstein, K. (1937b). Militant democracy and fundamental rights, II. *American Political Science Review*, 31(4), 638-658.
- Mesa, J. de, Gisbert, T. y Mesa, C. de (2007). *Historia de Bolivia*. Gisbert.
- Miguel BÁCERNA, J. de (2020). La persistencia del proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (120), 199-230.
- Müller, I. (2011). *Los juristas del horror. La «justicia» de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Alvaro-Nora.
- Pando, J. (1947). *Bolivia y el mundo, geografía económica* (t. I). Librería científica.
- Rivera, R. (2020, 19 de mayo). Chuschi, hace 40 años, el inicio del terror. *IDEHPUCP*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/chuschi-hace-40-anos-el-inicio-del-terror/>

- Rüthers, B. (2016). *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Marcial Pons.
- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Palestra.
- Spencer, H. (1978). *La justicia*. Heliasta.
- The Nakba Files (2011, 8 de abril). *Yardur v. Chairman of the Central Elections Committee (EA 1/65)*. <https://nakbafiles.org/nakba-case-book/yardur-v-chairman-of-the-central-elections-committee-ea-165/>
- Torrez, V. R. (2021). Iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídico en el pensamiento de Franz Tamayo: el Proyecto de Ley Capital de 1930 y la legalización de la guerra civil. *Revista de Derecho de la UCB*, 5(9), 73-95.
- Valencia, A. (1979). *Educación moral, cívica y política* (t. III). Librería Editorial «Juventud».
- Valencia, A. (2004). *Fundamentos de derecho político*. Librería Editorial «Juventud».
- Vallès, J. M. (2007). *Ciencia política. Una introducción* (6.^a ed.). Ariel.
- Willax Televisión (2012, 7 de septiembre). *Ernesto Álvarez: debemos construir una democracia defensiva (parte 2)* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=-gj_xQkG2hc&t=1s
- Zagrebelsky, G., Marcenò, V. y Pallante, F. (2020). *Manual de derecho constitucional*. Zela.

Fuentes normativas y jurisprudenciales

- Expediente n.º 003-2005-PI/TC (2006). Tribunal Constitucional del Perú (9 de agosto de 2006).
- SCP n.º 1714/2012 (2012). Tribunal Constitucional Plurinacional (1 de octubre de 2012).

STC n.º 62/1985 (1985). Tribunal Constitucional de España (15 de octubre de 1985).

STC n.º 48/2003 (2003). Tribunal Constitucional de España (12 de marzo de 2003).

STC n.º 111/2019 (2019). Tribunal Constitucional de España (2 de octubre de 2019).

Texas vs. White. Corte Suprema de Estados Unidos (1869).

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Escritura, revisión y edición.

Agradecimientos

El autor agradece a Dios por la dotación de los insumos teóricos necesarios para concluir esta investigación. También es oportuno agradecer al Dr. Gadiel Apaza Vargas, la primera persona con la que se entabló tertulias sobre la necesaria implementación de una democracia nacionalista para Bolivia, quien comprende y comparte las conclusiones del escrito.

Biografía del autor

Boliviano. Abogado y maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón. Investigador independiente. Autor de libros y artículos en publicaciones nacionales, extranjeras (de Perú, Ecuador, México, Chile y Argentina) e internacionales (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2023 de la Fundación Alemana Konrad Adenauer Stiftung). Entre sus últimas publicaciones a destacar se tiene: «Un análisis de la democracia monitorizada desde los textos constitucionales», publicado por la *Revista de Derecho Público* de la Universidad de Chile.

Correspondencia

rodriggcruz@gmail.com

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 16, n.º 21, enero-junio, 2024, 479-502

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.u16i21.908

El proceso de la independencia peruana y el constitucionalismo en la formación de la república: el aporte de los invisibilizados

The process of Peruvian independence and constitutionalism in
the formation of the republic: the contribution of the invisible

O processo de independência e constitucionalismo peruano na
formação da república: a contribuição do invisível

WALBER JOSÉ SANTOS GOMERO

Distrito Fiscal de San Martín

(Tarapoto, Perú)

Contacto: wsantosdj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2558-3241>

RESUMEN

El estudio presenta los resultados de una revisión bibliográfica sobre el constitucionalismo que se instauró después de la guerra de independencia y que fue asumido por el Congreso Constituyente de 1822. Desde la perspectiva de la historiografía del derecho con enfoque interdisciplinario se propone una puesta en valor del rol y el aporte de la mujer, el campesino y el afro a la independencia política de nuestro país. A partir de ello, se puede afirmar que la fundación de la república fue producto de un complejo proceso sociopolítico, y que la historia oficial y patriarcal ha invisibilizado a los otros protagonistas, los sectores poblacionales históricamente excluidos del diseño político, jurídico, económico y constitucional de dicho Congreso Constituyente. Así las cosas, se pretende

contribuir a la comprensión, el análisis y la valoración crítica del rol y el aporte del movimiento feminista, campesino y afroperuano en la forja de un Estado constitucional de derecho y una república de iguales. Se concluye planteando la cuestión de cómo la visión ideológica patriarcal y asimétrica consolidó y asentó la legalidad, mas no la legitimidad ni la representatividad de la Constitución de 1823, que justificaba una República injusta, excluyente y desigual, la cual sigue siendo un reto para el país y la convivencia democrática.

Palabras clave: constitucionalismo; independencia; república; movimiento feminista; campesino; afroperuano.

Términos de indización: derecho constitucional; igualdad de género; administración de justicia; derechos humanos (Fuente: Tesauro Unesco).

ABSTRACT

The study presents the results of a bibliographic review on constitutionalism that was established after the war of independence and that was assumed by the Constituent Congress of 1822. From the perspective of the historiography of law with an interdisciplinary approach, it is proposed a valuation of the role and contribution of women, peasants and Afro-descendants to the political independence of our country. From this, it can be affirmed that the founding of the republic was the product of a complex socio-political process, and that the official and patriarchal history has made invisible the other protagonists, the population sectors historically excluded from the political, legal, economic and constitutional of said Constituent Congress. Thus, it is intended to contribute to the understanding, analysis and critical assessment of the role and contribution of the feminist, peasant and Afro-Peruvian movement in the forging of a Constitutional State of Law and a Republic of equals. It concludes by raising the question of how the patriarchal and asymmetric ideological vision consolidated and established the legality, but not the legitimacy, nor the representativeness of the Constitution of 1823 that justified an unjust, exclusive and unequal Republic, which continues to be a challenge for the country and democratic coexistence.

Key words: constitutionalism; independence; republic; feminist movement; peasant; Afro-Peruvian.

Indexing terms: constitutional law; gender equality; justice administration; human rights (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

O estudo apresenta os resultados de uma revisão bibliográfica sobre o constitucionalismo que se instaurou após a guerra da independência e que foi assumido pelo Congresso Constituinte de 1822. A partir da perspectiva da historiografia do direito com uma abordagem interdisciplinar, propomos destacar o papel e a contribuição das mulheres, dos camponeses e dos afrodescendentes para a independência política de nosso país. A partir disso, pode-se afirmar que a fundação da república foi produto de um processo sócio-político complexo, e que a história oficial e patriarcal invisibilizou os demais protagonistas, os setores populacionais historicamente excluídos do processo político, jurídico, econômico e constitucional do referido Congresso Constituinte. Assim, pretende-se contribuir para a compreensão, análise e avaliação crítica do papel e da contribuição do movimento feminista, camponês e afro-peruano na construção de um Estado Constitucional de Direito e de uma República de iguais. Conclui levantando a questão de como a visão ideológica patriarcal e assimétrica consolidou e estabeleceu a legalidade, mas não a legitimidade, nem a representatividade da Constituição de 1823 que justificou uma República injusta, exclusiva e desigual, que continua a ser um desafio para o país e a coexistência democrática.

Palavras-chave: constitucionalismo; independência; república; movimento feminista; camponês; afro-peruano.

Termos de indexação: direito constitucional; igualdade de gênero; administração da justiça; direitos humanos (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 31/12/2023

Revisado: 8/2/2024

Aceptado: 9/5/2024

Publicado en línea: 30/6/2024

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, como cuestión previa, debemos señalar que el asunto que traemos a colación, dada su implicancia histórica y actual, corre un doble riesgo: analizar el pasado con criterios del presente y analizar el pasado con una mirada del pasado. A fin de sortear ese riesgo, se intentará hacer uso de las herramientas analíticas de la historiografía científica y de la interdisciplina para una comprensión e interpretación del pasado que no deje de lado la crítica lúcida y justificada en aras de avizorar un presente y un futuro plausibles. Asimismo, se debe señalar que la historiografía básica ha asumido de modo secuencial una continuidad histórica entre el incanato, el virreinato y finalmente la república. Esta división temporal asumida, por lo general, por cuestiones didácticas y para fines explicativos de la historia, no deja de tener bemoles, matices, y no está exenta de críticas y precisiones aún pendientes, pues consideramos que la historia como ciencia social está en permanente revisión y construcción. Se trata de una disciplina no definida ni definitiva y por eso mismo requiere de mayores y permanentes estudios.

Dicho lo anterior, se puede manifestar que el sistema democrático actual vive una crisis que es heredada de épocas pasadas, que se ha ido profundizando, evolucionando y complejizando cada vez más a lo largo de los años. No es un tema aislado y exclusivo del país, sino que dicha crisis tiene también una expresión a nivel global, y si la democracia actual sigue en crisis, el Perú como proyecto de nación, una vez más, sigue en la encrucijada de ser un país viable. Si bien existen varias formas de explicar dicho fenómeno: desde el punto de vista de la filosofía, la economía, la antropología o el derecho, o si se quiere desde una mirada interdisciplinaria; para efectos de este estudio se ha optado por recoger los aportes de cada disciplina a fin de conseguir una explicación integral, sistemática, coherente y consistente de procesos históricos no siempre definidos ni definitivos. A partir de ello, se propone una puesta en valor del rol y el aporte de la mujer, el campesino y el afroperuano al proceso político y social de lo que se denomina como independencia.

Para arribar a la instauración del sistema democrático y por ende a una república, se ha recorrido un proceso de larga data, pero a decir

de Macera (1985), esta no empezó con San Martín ni Bolívar, sino que comenzó al día siguiente de la derrota del inca por Pizarro. Dicho proceso histórico no se presentó de forma aislada ni fue solamente nacional, sino que respondió a factores internos y externos, explícitos e implícitos, visibles y subyacentes. Siguiendo el análisis de Macera (1985), siempre hubo por parte de los nativos, en particular de los campesinos, resistencia al dominio y control de la Corona española. Esto se evidencia con las ciento doce rebeliones campesinas ocurridas entre 1730 y 1780, que tuvieron como móvil el descontento con el régimen colonial excluyente y discriminante que ellos percibían. De otro lado, diversos hechos que guardan relación con lo anterior, como la Revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos y la invasión a España por parte de Napoleón Bonaparte en 1808, fueron detonantes que generaron las condiciones propicias para que los coterráneos de aquel entonces asuman la posibilidad de acabar con la dependencia política, económica y social de la Corona española, como finalmente sucedió. El tema del factor interno fue gravitante para obtener lo que se ha denominado como independencia, pero esta es olvidada por la historiografía oficial, como ocurrió con la gran rebelión iniciada el 4 de noviembre de 1780, por José Gabriel Condorcanqui, Túpac Amaru II, que por el alcance geográfico de su acto, lo que ahora comprendería Perú, Ecuador, Bolivia y Argentina, y habiéndose calculado la muerte de más de cien mil personas, fue uno de los hitos más importantes en dicho proceso y que aún no se acaba de valorar en toda su magnitud.

Asumiendo la continuidad histórica antes mencionada, se advierte que el proceso de independencia peruana siempre fue escrito desde una perspectiva patriarcal y desde una visión eurocéntrica; por eso, Salazar Bondy (1968) afirmaba que se pretendía desarrollar e imponer instituciones a partir del modelo político europeo, y es que por aquel entonces, incluso hasta hoy, se adoptaban como válidos sin mayores críticas los moldes teóricos y fácticos del pensamiento occidental, en especial de Europa, y se importaban sin más ni más, corrientes de ideas, escuelas, instituciones, sistemas definidos y completos en su contenido e intención. También señaló que pensar en el país era sinónimo de adoptar

un ismo extranjero y eso se reflejó también al momento de escribir la denominada «historia oficial», que fue redactada siempre desde la pluma y la perspectiva del hombre, blanco, urbano, de posición económica dominante, de aspecto señorial, poseedor de una educación privilegiada, perteneciente a cierto sector social, familiar y castellanohablante. En consecuencia, debe tenerse presente que por más de doscientos años, la presencia y el quehacer de la mujer, del campesino y del afroperuano en el proceso de la independencia fueron borrados e invisibilizados (Ramírez, 2019, p. 2), como si la historia del país solo perteneciera y la hiciera un determinado grupo de personas, como si los demás no existieran o no quisieran que existieran. Se trataba de una exclusión y discriminación que si bien hoy resultaría inaceptable y condenable, en aquel entonces era una práctica normalizada y asumida plenamente sin sanción alguna (Flores Galindo, 2015). En aquellos años era imposible mirar al diferente como un igual en derechos y dignidad, y es que la cuestión del «otro» y de uno mismo (Callirgos, 1993) era un tremendo drama a resolver. No olvidemos que en 1952, siendo senador por la región Junín, Manuel Faura presentó un proyecto de ley para restringir el ingreso a Lima, el Callao y alrededores a los habitantes de otros lugares del país, se debía permitir el ingreso solo a aquellos que probaran tener un motivo justificado. Este proyecto incluía la restricción del ingreso de provincianos a Lima por tres años (Pardo-Figueroa, 2000). No debe perderse de vista que se trataba de un proyecto de ley presentado por un senador de la región Junín, es decir, ni siquiera él mismo era limeño. Era la exclusión de la exclusión, sino basta recordar que los campesinos del Cusco tenían prohibido ingresar a su propia plaza de Armas hasta 1960.

Esto trae a colación cuando se señala que, entre otras razones, el racismo peruano es un racismo colonial construido a partir de las categorías mentales de los autodenominados conquistadores (Manrique, 1999). Aunque también hay quienes señalan que se trata de un racismo del siglo XX heredado del Perú republicano y decimonónico antes que del colonial, sobre todo, a partir de la asociación entre sujetos racializados y geografías determinadas, como campesino y serranía (Méndez, 2011).

Preguntarnos cuánto ha cambiado eso al día de hoy merecería más de un estudio, que, por cierto, se han hecho y se siguen haciendo¹.

Por eso desde hace algunos años existe, en particular, abundante producción académica sobre la participación y el rol de la mujer, el campesino y el afro en la guerra de independencia del Perú, máxime si esta tarea tuvo como marco la conmemoración del bicentenario de la República; así tenemos los escritos de Flores Galindo (1987), Ramírez (2019), Mc Evoy (2021), Guardia (2021) y Walker (2022), quienes de manera profusa y minuciosa han descrito, analizado y, queriéndolo o no, reivindicado la participación de la mujer, el campesino y el afroperuano en el proceso independentista. Todo ello en contraposición a lo escrito hace doscientos años, donde se narra solo la autoría de argentinos, chilenos, colombianos y únicamente de varones en dicho proceso; por tal motivo, los autores contemporáneos concluyen que está fuera de todo cuestionamiento el papel de la mujer y los campesinos en la ruptura con la Corona española y lo que significó no solo la entrega de su vida, como se evidencia en los casos emblemáticos de Micaela Bastidas, Tomasa Titu Condeymata, Cecilia Túpac Amaru, Bartolina Sisa, Gregoria Apasa y Marcela Castro.

Además, resulta revelador en los estudios contemporáneos que se relacionen dichos hechos históricos con el nacimiento de la República liminal, a través de la Constitución de 1823, y es que como ya se señaló existe una circularidad normativa entre filosofía política, teoría del derecho, producción de derecho, sentido cívico y construcción de la democracia (Ferrajoli, 2023). Bajo ese marco y visión novedosa, el presente estudio expone que el proceso republicano fue producto de un complejo recorrido sociopolítico y que la historia oficial y patriarcal ha procurado invisibilizar a los otros protagonistas, los sectores históricamente excluidos del diseño político, jurídico-económico y constitucional de dicho Congreso Constituyente. Así se pone en evidencia la contribución que hicieron diversas mujeres, campesinos y afroperuanos al proceso de la independencia y cómo este aporte no fue tomado en cuenta en el primer Congreso Constituyente de la naciente República peruana, esto es, al no

1 Ver más al respecto en Orbolier (1996), Callirgos (1993), Sandoval (2012) y Cotler (1988).

considerar como ciudadanos² a dichos sectores sociales en la Constitución de 1823; para luego relacionarla con la ciencia del derecho y sobre todo con la instauración de la República que no empezó el 28 julio de 1821, sino que tuvo su germen cuarenta años atrás con la rebelión de Túpac Amaru II en 1789 y culminó en 1824 (Lumbreras, 2022).

Finalmente, se propone una comprensión e interpretación histórica que pretende contribuir al análisis crítico y a la valoración del rol y el aporte de la mujer, el campesino y el afroperuano en la forja de un Estado constitucional de derecho y una república de iguales; así, parafraseando a Basadre (2022), una nueva promesa y posibilidad para el país.

2. EL PROCESO DE INDEPENDENCIA: ¿UNA DISCUSIÓN ACABADA?

Abordar el proceso histórico de la independencia no es pacífico ni está exento de sesgos, además de resultar problemático de por sí y más si se trata de relacionarla con el constitucionalismo. Si pretendemos agrupar didácticamente las posiciones en torno a dicho período histórico para los fines de este trabajo, estas serían tres: la primera, autores como De la Haza (2023), De la Puente y Pacheco Vélez afirman que la independencia es el resultado de civiles criollos peruanos, y proponen el concepto de «precursores». La segunda es la propuesta de Mariátegui (2016) y de Bonilla (2007), quienes señalan que la independencia triunfó por la acción de los ejércitos del norte con Bolívar y del sur con San Martín, financiados por Inglaterra; además, argumentan que como producto de una profunda segregación de la sociedad colonial impidió que los

2 Es pertinente definir en esta parte qué entendemos por ciudadanía y para esto Bermúdez-Tapia (2022) señala que dicha categoría está integrada por tres aspectos: (a) un estatus legal normado en un texto constitucional por el cual se le confiere un conjunto de derechos y obligaciones; (b) un estatus moral relacionado con un desarrollo ético-filosófico; y (c) una identidad relacionada con una pertenencia a una comunidad que puede estar determinada por razones étnicas, lingüísticas, sociales, culturales, económicas o políticas y que a inicios del siglo XIX estos elementos no formaban parte del consciente social de los peruanos; en consecuencia, impedía que las poblaciones indígenas, afroperuanas y mujeres pudieran materializar su ciudadanía, estas *de facto* estaban excluidas constitucionalmente porque se exigían ciertos requisitos que no cumplían.

indios, los mestizos y los afro articulen un programa concreto. Y, finalmente, la tercera, los que proponen que la independencia fue gracias a los esfuerzos de colectivos de distintos sectores sociales que tenían por objetivo desvincularse de los patrones de dominación colonial (Flores Galindo, 1987; O'Phelan, 1985). También existen tesis actuales como la propuesta por Bermúdez-Tapia (2022), que afirma que la independencia encontró a las clases sociales en un elevado grado de inmadurez cívica y política, lo que explica su carácter invertebrado y disperso, situación que a la fecha se mantiene y que expone la crisis actual. Por ello, en consonancia con el estudio, se opta por la propuesta de O'Phelan y Flores Galindo, pues representa una propuesta integral y sistemática; en suma, es una perspectiva desde la óptica de la historia vista desde los de abajo, desde los invisibilizados. Eso implica revisitar o revisar el clásico relato del proceso de la independencia, como se hace a continuación.

2.1. Revisitando el relato tradicional del proceso de independencia

Cuando arribaron los españoles al Perú, este tenía una población de nueve millones de habitantes, una vez terminada la Colonia y para 1821 se estima que dicha población quedó reducida a un millón doscientos mil habitantes (Manrique, 2006). De acuerdo con el censo ordenado por el virrey Gil de Taboada y Lemos, en 1790 los habitantes de Lima, que era el centro del dominio absoluto de la vida política, económica, social y cultural del virreinato, ascendían a 18 892 españoles; 8960 afroperuanos; 3912 indígenas y 17 709 correspondían a los denominados quinterones, cuarterones, mestizos, zambos, chinos y mulatos (Rosas, 2021). Con la denominada época de conquista se instauró un nuevo sistema de organización social y económica, que dispersó la organización colectivista inka, caracterizada por ser laboriosa, disciplinada, esclavista, panteísta y con bienestar material para todos (Mariátegui, 2016).

Los españoles de aquel entonces impusieron su organización económica basada en la explotación laboral y en el extractivismo minero, sometieron a los nativos a la servidumbre en las encomiendas, las haciendas, las estancias y los obrajes; desplazaron sus creencias religiosas y divinidades por las cruces, los santos, las vírgenes y los cristos, impusieron

su régimen político con el virrey, los corregidores, los oidores; asimismo, implantaron las capitanías, las intendencias y los partidos (Ramírez, 2019). En suma, se trató de un régimen que justificó el abuso y la injusticia para los indígenas porque ellos venían a traerles la civilización y la religión; pero a la vez este sistema en sus entrañas también traía su autodestrucción, ya que el sistema colonial era de por sí corrupto, arribista, oportunista y devorador (Quiroz, 2013). Estos fueron algunos de los factores para que el proceso de la independencia cuajara y conviniera a la gran mayoría, pues tampoco se puede negar que hubo un sector influyente que deseaba que se continuara bajo el dominio de la Corona española.

Así, para arribar a la ansiada independencia tuvieron que transcurrir trescientos años desde la instalación del virreinato, el cual se basó en una organización social segregacionista, es decir, un país para los españoles y otro para los indios, cada uno tenía derechos y obligaciones diferentes, lo que incluía privilegios para la nobleza de ambos grupos (españoles e indios) y una manifiesta subordinación de los indios para con los españoles. También se produjeron contradicciones entre los criollos (los hijos de españoles nacidos en el Perú) y los españoles, ya que los criollos o blancos nacidos en América fueron apartados de todo cargo público por los españoles; pero aquellos se sentían superiores a los enviados por la Corona. Los mestizos eran percibidos como seres despreciables e inferiores; y, finalmente, los indios no eran considerados personas, por tanto, no se les reconocía dignidad ni derechos, por ello quedaba justificado que se les tratara como salvajes y siervos (Basadre, 2022).

De otro lado, Flores Galindo (1987) sostiene que las acciones de José Gabriel Condorcanqui —Túpac Amaru II— y Micaela Bastidas en 1780 significaron dos hitos importantes en el proceso de independencia. El primero fue el más grande y dilatado esfuerzo cualitativo y cuantitativo para con la ruptura de la Corona española que abarcó e irradió desde el Cusco hasta lo que hoy es Bolivia y Argentina; y, el segundo, que por primera vez se esbozó un programa político y jurídico: la expulsión de los españoles, la restitución del Imperio incaico y cambios en la estructura económica frente al colonialismo; aunque también dicha derrota, que

alcanzó los cien mil muertos por parte de los campesinos, trajo como consecuencia la eliminación de la élite inca y esta fue reemplazada por los criollos limeños y urbanos.

El Perú por su situación geográfica e histórica desde la denominada Conquista resultó el centro del poderío económico y militar español, por eso con razón Bolívar la denominó el «nudo del imperio»; así Mc Evoy (2022) afirmó que el Perú fue el núcleo del poder virreinal, la lucha política y militar fue muy compleja y el proceso de instaurar una república, largo e intrincado, pero dicha afirmación se refiere solo a los doscientos años de su historia última, aunque todo es el resultado de un pasado que se remonta a diez mil años atrás, cuna de grandes civilizaciones, entre otras, una de las más avanzadas de Sudamérica, como fue la inca.

En ese sentido, resulta válido para cuestiones explicativas y periódicas cuando Ramírez (2019) manifiesta que la lucha por la independencia comprendió cuatro etapas: la primera que fue antes de la rebelión de José Gabriel Condorcanqui, Túpac Amaru II, en 1780; la segunda, entre 1780 y 1816; la tercera entre 1816 y 1821; y la cuarta, la de 1822, con la instalación del Congreso Constituyente de 1824, año en que se produce la batalla de Ayacucho.

Coincidimos con Klarén (2013) cuando sostiene que el proceso de la independencia siempre ha sido contado y escrito por una élite; desde hace unas décadas se han hecho esfuerzos para escribirla desde perspectivas de quienes no tienen el poder: mujeres, trabajadores, campesinos. A partir de dicha afirmación se puede señalar que estos siempre fueron invisibilizados por los narradores oficiales de la historia y ello se reflejó en la primera norma constitucional y fundacional de la república, como fue la Constitución de 1823, sino véase lo que esta señalaba respecto a quienes se consideraban ciudadanos:

Artículo 17. Para ser ciudadano es necesario: Primero: Ser peruano, Segundo: Ser casado, o mayor de veinticinco años y Tercero: Saber leer y escribir [...]. Cuarto: Tener una propiedad o ejercer cualquiera profesión o arte con título público u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero.

En suma, el Perú republicano se forjó en una estructura socioeconómica injusta, excluyente y desigual; la mitad de su población no era considerada como ciudadana y los campesinos no sabían ni leer ni escribir; la república era de los criollos porque fue concebida por ellos y para ellos.

Tampoco se pueden obviar los hechos precisados por Rosas (2021), cuando refiere que ante la presencia de San Martín cerca de Lima, la expedición de Cochrane a la sierra central, las guerrillas en Huancayo, la presencia de insurgentes en Lima, la escasez de alimentos y sobre todo el retiro de Lima por el último virrey La Serna al Cusco el 6 de julio de 1821; trajo como consecuencia un vacío de poder y el miedo de las élites peninsulares y criollas a las revueltas por parte de esclavos, indígenas y sectores populares. Así las cosas, el Cabildo de Lima tomó la decisión de convocar a San Martín para que ingresara a Lima y se hiciera cargo del gobierno.

3. LA PRESENCIA Y LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES, LOS CAMPESINOS Y LOS AFROPERUANOS EN EL PROCESO DE INDEPENDENCIA

La historiografía oficial ha sido de la tendencia de señalar que el proceso de independencia fue obra de corrientes libertadoras del sur con San Martín y la del norte con Bolívar; a tal punto que el mayor referente sobre la República, Jorge Basadre (2022), afirma: «Túpac Amaru y quienes lo antecedieron y le sucedieron en su gesto heroico tenían primordialmente un significado campesino e indigenista; la Emancipación fue la resultante de una obra urbana y criolla» (p. 104). Ante ese relato predominante por décadas, en los últimos años se han realizado esfuerzos y estudios para brindar una perspectiva más completa y compleja del proceso de independencia y de ruptura con la Corona española, que fue construida por muchos protagonistas y con participación de diversos actores y sectores sociales: criollos, campesinos, mujeres, afroperuanos, asiáticos, italianos, colombianos, argentinos y otros que se asentaron en territorio peruano.

3.1. Las mujeres en el proceso de independencia

Luego de una revisión bibliográfica se pueden realizar dos afirmaciones de cómo ha tratado la historia a las mujeres: primero, la abundante historiografía durante estos doscientos años no ha mencionado la participación de la mujer en la gestación del proceso de ruptura con la Corona española, al respecto Guardia (2021), Mc Evoy (2021) y Hermoza (2016) así lo corroboran. En segundo lugar, durante estos últimos años diversos estudios académicos han visibilizado y reivindicado los aportes de la mujer en la lucha por la independencia de Sudamérica y en particular del Perú; aunque también resulta significativo el gesto de San Martín cuando mediante un decreto de fecha 11 de enero de 1822 reconoce públicamente la participación de treinta y tres mujeres:

Las patriotas que más se hayan distinguido por su adhesión al Perú, usarán el distintivo de una banda de seda bicolor blanca y encarnada que baje del hombro izquierdo al costado derecho, donde se enlazarán con una pequeña borla de oro con las armas del Estado en el anverso y esta inscripción en el reverso: Al patriotismo de las más sensibles. (Mc Evoy, 2021, p. 2)

Entre 1780-1820, los que conformaban las guerrillas lideradas por Túpac Amaru fueron miles, se incluía por supuesto a las mujeres, entre otras: Micaela Bastidas Puyucahua (1744-1781), Ventura Ccalamaqui, Emeteria Ríos de Palomo, Tomasa Tito Condemayta, Cecilia Túpac Amaru, Trinidad Celis de Neira, Bartolina Sisa y Gregoria Apaza. Por ello, a decir de Flores Galindo (1987), la independencia comienza en 1780, ya que el levantamiento tupacamarista tuvo un alcance sorprendente, traspasó los territorios del Perú hasta Bolivia y Argentina y se esbozó un programa político y jurídico por el que luchar, lo que lo convirtió en un movimiento de alcance nacional e internacional, y es que Túpac Amaru proponía una sociedad integrada por criollos, mestizos, afroperuanos e indios. Motivo por el cual la mujer también se sintió representada por dicho programa y se unió, combatió y asumió los costos de la derrota hasta con su propia vida.

Luego, en una segunda etapa, entre 1820-1826, participaron Paulina Huamán, Eufrosia Ramos, Buenaventura Munive, Francisca Aguirre, Rosa Arce, Manuela Beltrán, Santusa Canque, Paula Noguera, Ventura Monjarras, las heroínas Toledo (María Ramos de Toledo —madre— y sus dos hijas: Cleofé e Higinia Toledo Ramos) y María Parado de Bellido. Así Mc Evoy (2021) señala que las tareas de la mujer en esta etapa consistieron, entre otras, en labores de inteligencia: trasladando mensajes, realizando misiones de espionaje y repartiendo propaganda; en suma, se trató de una opción de la mujer por la libertad de su patria, que también intrínseca y simbólicamente consistía en su propia libertad de una situación-relación asimétrica y desigual (Santos, 2023).

3.2. La participación de los campesinos y los afroperuanos en el proceso de independencia

Como señalábamos, desde hace décadas existen numerosos estudios sobre la participación de diversos actores en el proceso de la independencia. Quizá la época de mayor producción académica al respecto fue en el gobierno de Velasco Alvarado. El autor que ha sistematizado el tema específico de los campesinos es Ramírez (2019), quien define que se entendía por campesino a aquella persona que vivía «en el común de indios y comunidades del área andina, pobladores del área rural que trabajaban y vivían de la agricultura, la ganadería, del trabajo minero y el comercio, actividades con un nivel de desarrollo extensivo» (p. 240). Entre los campesinos también existieron subdivisiones sociales: campesinos libres, campesinos siervos, afroperuanos, esclavos, libertos, pequeños comerciantes, sacerdotes doctrineros. Por otro lado, también se tiene la participación de los campesinos en el ejército patriota integrando partidas, moneras y guerrillas, modalidad de organización que más se adapta a la realidad geográfica del país.

Desde el inicio de la llegada de los españoles se produjo resistencia por parte de los campesinos indígenas. Tal como ha señalado Macera (1985), fueron ciento doce rebeliones: la de 1536 liderada por Manco Inca, la de 1565 liderada por Cristóbal Callavallauri, la de 1710 con Melchor Julián Mayta Canchari en Acolla, la de 1735 liderada por

Cristóbal Huayna Atoc en Junín, la de 1752 con Casimiro Lambato en Jauja, la de 1737 con Ignacio Torote y del Apu Inga Juan Santos Atahualpa, la de 1781 con Nicolas Dávila Astocuri en Jauja. Sin perjuicio de señalar que en vísperas a la proclama de la independencia en Lima, en toda la sierra central del Perú se realizaron proclamas de la independencia desde noviembre de 1820 (Huamanga, Huancayo, Jauja, Tarma, Cerro de Pasco y Huánuco). Sobre esta etapa Ramírez (2019) señala la participación de mestizos, indígenas y afroperuanos como Basilio Auqui (1814-1820), Ignacio Quispe Ninavilca (1820), Miguel Artica, Alejo y Baltazar Auqui (1822), Pedro Guaitalla (1822), Pedro Yauta (1822), Conde (1822), Félix Mendoza (1822), Cayetano Quirós (1822), José Olaya Balandra y los denominados morochucos.

Por otro lado, en cuanto a la participación de los afroperuanos, Ramírez (2019) refiere que los afroperuanos esclavos y libertos se pusieron a las órdenes de San Martín luego que desembarcara en Pisco, en un número de seiscientos, luego creció cuantitativamente a mil cien, actuaban siempre en la costa, que era el área geográfica en la que mejor desarrollaban sus labores, ya que las alturas de las serranías les afectaban en su salud; todos tuvieron el objetivo central y común de obtener su libertad. Una vez concluido el proceso de independencia no la obtienen por parte de San Martín, pero a decir de Llap (2021), al menos Bolívar dictó la Orden Suprema de fecha 24 de marzo de 1824 con la que les otorgaba el derecho de elegir al amo que prefirieran. Es decir, se trataba de una libertad condicionada a tener un amo, de su elección, pero amo, finalmente.

En suma, el papel que jugaron los campesinos y los afroperuanos desde 1780 con la participación en la gesta de Túpac Amaru y luego en el propio proceso de independencia de 1806 a 1826, resultó de vital importancia para obtener la ansiada independencia, no sin enfrentamientos e incoherencias entre ellos mismos; ya que la mayoría de criollos se mantenían fidelistas a la Corona española, a diferencia de sus homónimos de Caracas y Buenos Aires, que habían optado por la independencia política plena. Luego, los criollos temían la participación masiva y activa de los campesinos y los afroperuanos, ya que no había una identidad y relación

social entre dichos sectores. Por último, se debe precisar que la independencia no empezó en Lima, sino en el ámbito rural y campesino, es decir, en la sierra central (Huamanga, Huancayo, Jauja, Tarma, Cerro de Pasco y Huánuco); lo que en suma corrobora la participación del campesino en esta gesta, proceso político, social y económico aún en marcha.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1823 Y LA INSTAURACIÓN DE LA REPÚBLICA

Tal como afirma De la Haza (2023), la Constitución de 1823 fue la primera norma constitucional como república que propuso una visión liberal de la sociedad peruana y sirvió para la formación del Estado nación; su estudio, su comprensión, su análisis y su valoración sirven para entender la realidad actual. Hay dos hechos de trascendencia que grafican la cuestión de la instauración de la república; el primero, cuando se produce el cabildo para abordar la independencia en Lima, el 15 de julio de 1821. Dicha acta de independencia fue rubricada por tres mil quinientas tres firmas que representaron lo que en esos tiempos se debían considerar ciudadanos. Pero en contraposición a lo que se cree, dicha acta no fue firmada por las mujeres, los indígenas, los esclavos y los plebeyos, estos fueron excluidos de tal acto político e histórico (Rosas, 2021). Por otro lado, el Congreso Constituyente de 1822, convocado por San Martín, recién suscribe el texto constitucional el 12 de noviembre de 1823 por cincuenta y seis constituyentes, y se repitió la misma conformación sociodemográfica del acta de independencia, es decir, sin la presencia de la población mayoritaria de la naciente república, lo que significó, en suma, la formación de una república asimétrica, sin representatividad, sin legitimidad y desigual. A la vez, paradójicamente, este acto aportó un logro de trascendental importancia político-jurídica como la instauración de un régimen constitucional. En consecuencia, era la democracia la que se imponía en el Perú, y se dejaba atrás el predominio de la voluntad de un rey o de su representante (Walker, 2022).

Por eso los constituyentes dejaron establecido que la república que nacía «es independiente de la monarquía española, y de toda dominación extranjera y no puede ser patrimonio de ninguna persona, ni familia».

Así lo estableció el artículo 2 de la Constitución de 1823, concordante con los artículos 27 y 28 que prescribían que el gobierno es popular representativo y su ejercicio consiste en la administración de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Aquel Congreso Constituyente solo fue conformado por criollos y mestizos, se excluyó a las mujeres, los indígenas y los afroperuanos. La Constitución de 1823 fundó, así como lo afirma Manrique (2006), una república sin ciudadanos; en definitiva, la historia oficial resalta sobremanera la participación de San Martín y Bolívar para obtener la ruptura con la Corona española, pero omite considerar a los campesinos, las mujeres y los afroperuanos como ciudadanos de la naciente república peruana, lo que trajo como consecuencia que estos no participaran de la visión de la construcción de sociedad que se fundaba simbólicamente con aquella Constitución. Quizá por eso los cincuenta años posteriores a la era republicana fueron de absoluto desencuentro entre militares, pobladores y comunidades indígenas.

Hoy, a más de doscientos años de cumplirse el hecho histórico y simbólico de la independencia se hacen necesarias nuevas perspectivas. Primero, visitar críticamente la historia oficial y patriarcal, que signifique no solo una nueva narrativa, que reivindique el papel de la mujer, el campesino y el afroperuano desde 1780 a 1820; segundo, volver a esa relación y comunicabilidad que existía en los siglos XVII y XVIII entre la filosofía y la ciencia jurídica, ya que en la actualidad permanecen distantes y separados unos de otros a causa de una doble impermeabilidad: de un lado, por el carácter autorreferencial y el aislamiento cultural de la ciencia jurídica que, en nombre de su tradición milenaria, siempre ha defendido su propia autonomía, respecto de las ciencias sociales; del otro, por la inaccesibilidad del saber jurídico a los no juristas, debido a su carácter cada vez más técnico y especializado, que ha acabado por inhibir el conocimiento de las categorías elementales del derecho a los sociólogos y a los teóricos de la política, por lo general dotados de una cultura principalmente histórica y filosófica (Ferrajoli, 2023).

Así las cosas, el proceso de independencia se forjó y consolidó con guerras y batallas a cargo de militares, por lo que una vez proclamada, fue un militar, San Martín, quien convocó el 27 de diciembre de 1821

al Primer Congreso Constituyente. Aunque debido a que la guerra por la consolidación de la independencia continuaba, recién se instaló el 20 de septiembre de 1822 y tuvo una vigencia de tres años, desde el 12 de noviembre de 1823 hasta el 9 de diciembre de 1826, a causa no solo de la situación de guerra, sino también a que por primera vez se discutía y promulgaba una Constitución en tierra americana, que trajo como resultado la Constitución de 1823, la cual no se aplicó totalmente o fue de efímera vigencia. Sobre esto, Llap (2021) discrepa de dicha afirmación al señalar que fue Bolívar en aplicación del artículo 100 de dicha Constitución al establecer la Corte Suprema.

Por ello, a decir de Ramos (2017), la primera Constitución se caracterizó por ser el primer documento constitucional aprobado por un Congreso Constituyente convocado y realizado en territorio peruano, no logró reunir a todos los representantes del territorio que integraban la nación, ya que cinco de los once departamentos que la conformaban, al estar ocupados militarmente por los realistas, no pudieron participar; su vigencia fue nula, pues coincidió con el arribo de Bolívar y la guerra por la consolidación de la independencia; fue una Constitución de corte parlamentarista y no presidencialista; el Poder Legislativo estaba conformado por una sola cámara; la ciudadanía se otorgó a los peruanos casados o mayores de veinticinco años, siempre que tuvieran una propiedad o ejercieran alguna profesión o arte; los empleados judiciales eran inamovibles y de por vida, siempre que su conducta no diera motivo para lo contrario.

En ese orden, Basadre (2022) al respecto menciona que al iniciarse la independencia e instaurarse la república nada había cambiado a excepción de que algunos españoles habían partido a Europa, los criollos continuaron sin alteración de sus costumbres; los indios siguieron siendo «el barro vil con que se hace el edificio social», los afroperuanos continuaban en las grandes haciendas costeñas y el clero con sus privilegios de siempre.

Tanto es así que el primer Código Civil autónomo y que debía regir en todo el territorio patrio, se puso en vigencia luego de treinta y un años de decretada la independencia, ya que inclusive después de 1821 seguía vigente el derecho español (partidas, recopilaciones, Leyes

de Indias, entre otros); es decir, el Código Civil de 1852 fue conservador y tradicional, ya que no consideró como ciudadana a la mujer, no permitió el divorcio de esta ante la infidelidad del marido, no reguló a las comunidades indígenas y nativas a pesar de que constituían un sector demográfico cuantitativo importante (Santos, 2023).

En suma, la Constitución de 1823, a decir de Tello (2023), tuvo como fuente de inspiración a la Constitución de Estados Unidos de 1787. Por ende, fue de ideas liberales en lo político, pero conservadora en lo social, ello se evidencia cuando propuso la separación de poderes, consolidó la independencia de la administración de justicia y reconoció la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero también debe señalarse, como lo afirman Morales y Tornero (2023), a pesar de la dación de dicho texto constitucional pervivieron formas de derecho colonial, es decir, la transición y el fenecimiento de las instituciones virreinales a las liberales y republicanas fue un proceso lento, conflictivo y traumático. A ello se suma la tesis de Bermúdez-Tapia (2022), cuando asegura que se puede contradecir la afirmación de que en el Perú del siglo XIX hubiese existido la condición de ciudadanía, por las siguientes razones: (a) solo una porción pequeña de la población era considerada ciudadana; (b) el nacimiento no generaba una ciudadanía inmediata, sino que se necesitaba tener ciertos requisitos para ser considerado ciudadano; (c) los extranjeros podían obtener la ciudadanía; (d) la sociedad y el ejercicio político eran muy limitados y excluyentes; (e) el influjo de las costumbres españolas; y, (f) no había eficiencia en la Administración pública.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La historia oficial y patriarcal ha invisibilizado el papel y rol de la participación de la mujer, el campesino y el afroperuano en el proceso sociohistórico de la independencia. En realidad, como todo proceso, la ruptura con la Corona española fue la confluencia de factores externos e internos a favor de los patriotas; lo que en suma significó la coordinación y las coincidencias entre criollos, mestizos, mujeres, campesinos y afroperuanos. Por ello, para una mirada integral y completa de la historia se

requiere que la historiografía y el Estado, desde las instancias educativas, pongan en valor el rol y el aporte de estos en el proceso de independencia y posterior instauración de la república. Ello implica promover desde todo ámbito una discusión nacional sobre la construcción de una ciudadanía plena y efectiva, que signifique su participación protagónica en la vida social, económica, cultural y política del país.

En el proceso de la independencia, las mujeres al proponer la ruptura con la Corona española y un nuevo sistema económico, social y jurídico, intrínsecamente también planteaban su propia reivindicación como personas, como mujeres, como peruanas; en consecuencia, se presenta liminarmente la primera generación de mujeres feministas. Esto implica que el Estado, desde las políticas públicas, haga más efectiva y eficaz la representación, el valor y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Una democracia y un Estado constitucional de derecho no serán posibles ni viables sin la participación activa de ellas.

La Constitución de 1823 fue de tendencia liberal en lo político, pero conservadora en lo social. Si bien instauró las bases del régimen democrático, que se resumía en que la vida social, política, económica y jurídica ya no iba ser ordenada desde España, sino por los propios peruanos; a la vez resultaba discriminatoria, pues si bien es cierto asentó la legalidad, mas no la legitimidad y la representatividad, ya que no consideró como ciudadanos a las mujeres, los indígenas y los afroperuanos, no reflejó jurídicamente a toda la población, menos aún al conjunto de la estructura social peruana, que en aquella época era heterogénea, dispersa, aislada, incomunicada. En realidad, dicha norma constitucional reflejó una determinada sociedad: una que era elitista, excluyente, centralista y discriminatoria; situación que sigue siendo un desafío para el país.

Volver a revisar críticamente el pasado y los hechos históricos resulta útil y necesario, no solo para comprender causas y consecuencias, sino además para ver lo que no hemos sido (Basadre, 2022). Por ello, resulta un reto para el país y la convivencia democrática analizar-diagnosticar el presente y proyectar el país con apertura, ánimo democratizador e inclusivo, lo cual supone hechos concretos como que el Ministerio de Cultura declare como patrimonio inmaterial de la nación a los saberes

ancestrales y comunitarios; reivindique, difunda y publique el valor histórico, cultural, social y político de los pueblos afroperuanos, las mujeres indígenas y los campesinos.

REFERENCIAS

- Basadre, J. (2022). *Perú: problema y posibilidad y otros ensayos*. Taurus.
- Bermúdez-Tapia, M. (2022, enero-junio). La histórica división de la población en los Andes. *Iura. Revista Jurídica*, 7(1), 21-34.
- Bonilla, H. (2007). *Metáfora y realidad en la Independencia del Perú*. Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos.
- Callirgos, J. C. (1993). *El racismo. La cuestión del otro (y de uno)*. DESCO.
- Cotler, J. (1988). *Clases, estado y nación en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Ferrajoli, L. (2023). *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*. Trotta.
- Flores Galindo, A. (2015). *Buscando un inca. Identidad y utopía en los Andes*. Sur.
- Flores Galindo, A. (comp.). (1987). *Independencia y revolución 1780-1840* (t. 1). Instituto Nacional de Cultura.
- Guardia, S. B. (ed.). (2021). *Las mujeres en la independencia del Perú*. CEMHAL.
- Haza, A. de la (2023, enero-junio). Constitución de 1823: el Republica- nismo de José Faustino Sánchez Carrión. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 5(8), 95-122.
- Hermoza, D. (2016, 31 de julio). «Ya no tengo paciencia para aguantar todo esto - Micaela Bastidas»: género en la era borbónica y participación de la mujer en la independencia del Perú. *Pólemos. Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/ya-no-tengo-paciencia-para-aguantar-todo-esto-micaela-bastidas-genero-en-la-era-borbonica-y-participacion-de-la-mujer-en-la-independencia-del-peru/>

- Klarén, P. (2013). *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Llap, L. (2021, julio-diciembre). La evolución del constitucionalismo peruano y su influencia en la creación de la primera Corte de Justicia de la República. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(16), 101-129. <https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.464>
- Lumbreras, L. G. (2022). *Breve historia general del Perú*. Planeta.
- Macera, P. (1985). *Historia del Perú 3. Independencia y república*. Bruño.
- Manrique, N. (1999). *La piel y la pluma. Escritos sobre literatura, etnicidad y racismo*. Sur.
- Manrique, N. (2006). Democracia y nación: la promesa pendiente. En *La democracia en el Perú: el mensaje de las cifras* (t. 2, pp. 13-56). Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Mariátegui, J. C. (2016). *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Fondo Editorial Cultura Peruana.
- Mc Evoy, C. (2021). *La mujer en el proceso de independencia del Perú*. Banco Central de Reserva del Perú.
- Mc Evoy, C. (2022). *La utopía republicana. Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871-1919)*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Méndez, C. (2011). De indio a serrano: nociones de raza y geografía en el Perú (siglos XVIII-XXI). *Histórica*, 35(1), 53-102.
- Morales, C. y Tornero, Y. (2023). Antecedentes a la Constitución de 1823: entre el antiguo régimen y la formación jurídica del estado republicano peruano. *Ius Inkarri*, 12(14), 177-196.
- O'Phelan, S. (1985). El mito de la «independencia concedida»: los programas políticos del siglo XVIII y del temprano XIX en el Perú y Alto Perú (1730-1814). *Histórica*, 9(2), 155-191.
- Orbolier, S. (1996). *El mundo es racista y ajeno: orgullo y prejuicio en la sociedad limeña contemporánea*. Instituto de Estudios Peruanos.

- Pardo-Figueroa, C. (2000). Los gitanos en el Perú. El proyecto de control migratorio de 1952. *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, (27), 309-355.
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Ramírez, B. (2019). Próceres campesinos en la guerra de la Independencia del Perú. *Investigaciones Sociales*, 22(41), 239-260. <https://doi.org/10.15381/is.v22i41.16790>
- Ramos, C. (2017). *Las Constituciones del Perú*. Tribunal Constitucional.
- Rosas, C. (2021). *La lucha por la libertad: rebelión, guerra e independencia (1780-1826)*. Derrama Magisterial.
- Salazar Bondy, A. (1968). *¿Existe una filosofía de nuestra América? Siglo XXI*.
- Sandoval, P. (2012). Antropología y antropólogos en el Perú: discursos y prácticas en la representación del indio, 1940-1990. En C. I. Degregori, P. F. Sendón y P. Sandoval (eds.), *No hay país más diverso. Compendio de antropología peruana II* (pp. 98-145). Instituto de Estudios Peruanos.
- Santos, W. (2023). *Miguelina Aurora: primera abogada litigante del Perú*. Trazos Editores.
- Tello, J. (2023). El Poder Judicial en la Constitución del Perú de 1823. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, 5(8), 167-194.
- Walker, C. (2022). ¡Qué complejo es su destino!: el Perú y la difícil transición de colonia a república (1780-1840). En P. Drinot y A. Vergara (eds.), *La condena de la libertad. De Túpac Amaru II al bicentenario peruano en seis ensayos y un colofón* (pp. 25-91). Universidad del Pacífico.

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Recojo, análisis e interpretación de datos para el trabajo, así como su diseño; redacción del trabajo y aprobación final de la versión que se publicará.

Agradecimientos

El autor agradece los alcances, los diálogos y las sugerencias brindadas por la Mgtr. Fiorella Elizabeth Huamán Villalta y por el Abg. Luis Alberto Saavedra Villalobos. También es necesario señalar un agradecimiento especial al Dr. Nilton César Velazco Lévano por sus observaciones y sus revisiones para la confección del presente manuscrito.

Biografía del autor

El autor nació en la provincia de Huarney, del departamento de Áncash, el 28 de agosto de 1972. Realizó sus estudios superiores de abogacía en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Posee el grado académico de magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Privada César Vallejo, es doctor en Derecho por la misma casa de estudios. En el año 2005 ingresó a la carrera fiscal, como fiscal adjunto, y actualmente se desempeña como fiscal provincial penal titular de Tarapoto, en el Distrito Fiscal de San Martín. En el año 2023 publicó el libro *Miguelina Acosta: primera abogada litigante del Perú*. Es autor del artículo «La perspectiva de género desde el feminismo jurídico de Miguelina Acosta».

Correspondencia

walberdolo@gmail.com





BICENTENARIO DE LA JUSTICIA
Legado con valor



PODER JUDICIAL DEL PERÚ