

REVISTA DERECHO

REVISTA DERECHO

REVISTA DERECHO

Número 2, Volumen 1

Primera edición: marzo 2023

Tiraje: 500 ejemplares

© **Editor:**

Universidad nacional de San Agustín

Av. Venezuela s/n. Arequipa, Perú

Mg. Juan José Romero Anguerry

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-05135

IISSN: 0251-3420

e-ISSN: 2305-2546

Diseño y diagramación:

Omar Suri

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y autor.

REVISTA DERECHO

CONSEJO DIRECTIVO

Decano: Mg. José Alejandro Herrera Bedoya
Director General: Dr. Dennis J. Almanza Torres
Directora Administrativa: Dra. Yamile Sacca Urday
Director Académico: Mg. Marco Manuel Zevallos Echegaray
Adjunto de dirección académica: Dr. Patricio Manolo Cárdenas Hinojoza
Editor General: Mg. Juan José Romero Anguerry

COMITÉ EDITORIAL

Natalina Stamile (Universidad de Bergamo – Italia)
Giovani Ribeiro Alves (Pontificia Universidad Católica de Paraná – Brasil)
Juan Antonio Gaviria Gil (Universidad Pontificia Bolivariana – Colombia)
Marcelo Ariel Fernández Peralta (Universidad Católica de Cuyo – Argentina)
Roberto Bueno Pinto (Universidad Federal de Uberlandia – Brasil)
Roger Vidal Ramos (Universidad San Martín de Porres – Perú)
Julio César Santa Cruz Cahuata (Universidad Nacional de San Agustín)
Martín Sigifredo Carrera Cabrera (Universidad Nacional de San Agustín)
Miguel Ángel Linares Riveros (Universidad Nacional de San Agustín)
José Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)
Wendy Jarquin Orozco (Universidad Castilla-La Mancha – España)
Julio Alberto Neyra Barrantes (Universidad Privada Antenor Orrego)
Raúl Gutiérrez Canales (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas)

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Guillermo Portela (Universidad Buenos Aires – Argentina)
Milagros Otero Parga (Universidad Santiago de Compostela – España)
Andrés Botero Bernal (Universidad Industrial de Santander – Colombia)
Florencia Ratti Mendaña (Universidad Católica Argentina – Argentina)
Carmen Vásquez Rojas (Universidad de Girona – España)
Marcia Carla Pereira Ribeiro (Pontificia Universidad Católica de Paraná – Brasil)
Fernando Galindo Ayuda (Universidad de Zaragoza – España)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
Dennis José Almanza Torres Juan Romero Anguerri	
PRÓLOGO	13
A CENTRALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL: APONTAMENTOS A PARTIR DA OBRA “FRIEDRICH MÜLLER’S THEORY OF LAW”	15
Matheus Conde Pires	
IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR FAMILIA FUNCIONAL Y FAMILIA DISFUNCIONAL	33
Columba del Carpio Rodríguez	
MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA POLÍTICA CRIMINAL DEL PERÚ	51
Harold Rodrigo Huayta Vilcahuaman	
ANÁLISIS DEL DAÑO AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: REFLEXIONES A 17 AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE - 28611	71
Julio F. Zevallos Yana	
LA LICENCIA SOCIAL MINERA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	87
Alan Xavier Choque Cerpa	

LA MAGIA DE LAS REGLAS SIMPLES: LA EXPERIENCIA DE LA INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	101
--	-----

Miguel Ángel Bolaños Rodríguez

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO INSTRUMENTOS DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	141
---	-----

Fabian Rolando Arias Razzo

PRESENTACIÓN

El estrecho vínculo entre la política y la economía, la explosiva interdependencia de países ricos y pobres, el latente peligro de una catástrofe ecológica de tipo global, la dinámica que caracteriza los grandes flujos de refugiados y emigrantes y las últimas crisis económicas que afectaron a diversos países, cuyos efectos aún son percibidos, son problemas prácticos y morales de primer orden que actualmente enfrentan las sociedades liberales de occidente. Estos hechos obligan a repensar el presente y el futuro de las relaciones jurídicas en nuestro planeta.

En este escenario, el derecho estatal que siglos atrás se caracterizó por su omnipotencia, actualmente se ve influenciado por un conjunto desterritorializado de principios y reglas que se manifiestan a través de fórmulas tales como “principios generales”, principios de equidad”, principios de buena fe”, “usos mercantiles internacionales”, etc.

Tal vez estos cambios preocupaban hasta hace poco a los estudiosos del Derecho, sin imaginar el gran salto que las Nuevas Tecnologías de Comunicación y la Inteligencia Artificial generarían en esta disciplina.

En un escenario posmoderno, donde los derechos no solamente se discuten entre sujetos de carne y hueso, sino también en el metaverso, la academia cumple un rol fundamental, acompañando a la sociedad y sus cambios, no limitándose a ser solo un medio de comunicación, sino teniendo un rol protagónico como ente crítico, constructivo y humanista.

Parece que fue ayer cuando en 1969 surgió Arpa-Net con fines estrictamente militares, para que luego, el Inglés Tim Bernes-Lee desarrollará el servicio World Wide Web (www); hoy, tal es el avance de la Nuevas tecnologías y de la Inteligencia Artificial que sistemas como el ChatGPT pueden responder incontables interrogantes y emular al humano realizando actividades que antes solo a él le pertenecían.

Durante los próximos años, sin lugar a dudas, la inteligencia artificial pondrá a prueba al derecho y los académicos debemos estar preparados para este gran reto.

A continuación, en el Prólogo de este segundo número de la revista “Derecho”, dejamos una pequeña muestra de lo que puede hacer la inteligencia artificial en el mundo académico.

Posteriormente, en el contenido de la Revista podrán revisarse ocho excelentes trabajos de autores nacionales e internacionales, que discuten diversos temas: En principio, Matheu Condes Pires nos presenta un interesante trabajo donde analiza las decisiones del Tribunal Federal de Brasil, a partir de la teoría del gran jurista Friedrich Muller. En seguida, Columba del Carpio, presenta una completa investigación donde demuestra el impacto que tuvo la reciente pandemia en las familias peruanas, centrando sus estudios en la violencia intrafamiliar. Posteriormente, Harold Huayta demuestra mediante su trabajo, como el Derecho Penal del enemigo está muy presente en el ordenamiento jurídico peruano. A continuación, Julio Zevallos Yana realiza un análisis interesante de la legislación ambiental peruana centrando sus estudios en el daño ambiental. Posteriormente, Alan Choque cuestiona el enfoque actual a la licencia social minera, demostrando que esta es un derecho fundamental de las comunidades campesinas nativas. En seguida, Miguel Ángel Bolaños trae a colación la necesidad de revisar la legislación que norma las contrataciones con el Estado, demostrando que estas normas no favorecen el desarrollo económico. Luego, Leandro Goncalves Bezerra y Carlos Renato Cunha realizan un profundo estudio sobre la acumulación y no acumulación de los tributos en el ordenamiento jurídico brasileiro. Finalmente, Fabian Arias revisa los métodos alternativos para la solución de conflictos, reconociendo a estos como formas de efectivización del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el ordenamiento jurídico peruano.

Dennis José Almanza Torres
Director

Juan Romero Anguerri
Editor

PRÓLOGO (Elaborado por Chat GPT)*

Es un placer presentar el prólogo de esta revista jurídica, un medio dedicado a la promoción y difusión del conocimiento jurídico y el debate de los temas más relevantes en el ámbito del derecho.

En esta publicación encontrará una selección de artículos, ensayos y análisis de expertos en diferentes áreas del derecho, quienes comparten sus conocimientos y experiencia para enriquecer el debate y contribuir al desarrollo del sistema jurídico.

El mundo jurídico es dinámico y está en constante evolución, y esta revista busca mantenerse a la vanguardia de las últimas tendencias y novedades en las distintas disciplinas legales, con un enfoque tanto nacional como internacional.

En este contexto, los contenidos de esta publicación abarcan un amplio abanico de temáticas, que van desde las discusiones doctrinales y jurisprudenciales más relevantes, hasta el análisis de casos prácticos y la reflexión sobre las implicaciones éticas y sociales del derecho.

Esperamos que esta revista jurídica sea una herramienta útil para todos aquellos interesados en el derecho, y que contribuya a la formación de profesionales del derecho y a la mejora del sistema jurídico en su conjunto.

* Prólogo elaborado por ChatGPT en 23/03/2023, solamente con fines demostrativos.

A Centralidade do Supremo Tribunal Federal no Brasil: apontamentos a partir da obra “Friedrich Müller’s Theory of Law”

Matheus Conde Pires¹

RESUMO

O 29º World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy-IVR em Lucerne (Suíça) marcou o encontro de diversos teóricos que orbitavam Friedrich Müller como referencial teórico. Desta comunhão resultou a obra “Friedrich Müller’s Theory of Law”, organizada por Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes and Dennis José Almanza Torres e publicada pela editora Franz Steiner Verlag. Nesta, teóricos de países diferentes, dentre eles o próprio Friedrich Müller, apresentam desenvolvimentos a respeito da Teoria Jurídica Estruturante. O presente ensaio parte justamente destas contribuições teóricas. O problema central aqui apresentado parte de um artigo específico intitulado por “From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions”. Neste, João Maurício Adeotado apresenta três teses: a sobrecarga do texto jurídico, a sobrecarga do judiciário e a pulverização das instâncias que decidem sobre a concretização da norma. Aparentemente, a pulverização das instâncias de decisão aparenta ser contraditória à sobrecarga do judiciário, e é justamente neste ponto que o presente desenvolvimento se apresenta. Por meio do método hipotético dedutivo, o presente ensaio corrobora com a referida perspectiva apresentada na obra “Friedrich Müller’s Theory of Law”, demonstrando que a centralidade da função de Corte Constitucional decorre de uma decisão política, de forma que a pulverização das instâncias de decisão apenas aumenta a complexidade dos litígios levados ao judiciário.

1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Contato: conde.pires@unesp.br ORCID: 0000-0003-2109-7385.

Palavras Chave: Constitucionalismo; Democracia; Soberania Popular; Hermenêutica.

ABSTRACT

The 29th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy-IVR in Lucerne (Switzerland) marked the meeting of several theorists who orbited Friedrich Müller as a theoretical reference. This communion resulted in the work “Friedrich Müller’s Theory of Law”, organized by Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes and Dennis José Almanza Torres and published by Franz Steiner Verlag. In it, theorists from different countries, including Friedrich Müller himself, present developments regarding the Structuring Legal Theory. The present essay starts from these theoretical contributions. The central problem presented here comes from a specific article entitled “From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions”. In this, João Maurício Adeotado presents three theses: the overload of the legal text, the overload of the judiciary and the fragmentation of the instances that decide on the implementation of the norm. Apparently, the fragmentation of decision-making bodies appears to be contradictory to the overload of the judiciary, and it is precisely at this point that the present development appears. Through the hypothetical deductive method, the present essay corroborates the perspective presented in the work “Friedrich Müller’s Theory of Law”, demonstrating that the centrality of the Constitutional Court’s functions stems from a political decision, in such a way that the fragmentation of decision-making bodies it only increases the complexity of the disputes brought to the judiciary.

KEY WORDS: Constitutionalism; Democracy; Popular Sovereignty; Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Em 2019 ocorreu o 29º World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy- IVR em Lucerne (Suíça). Neste evento se encontraram pesquisadores de diversos países que compartilhavam um tema em comum, a Teoria do Direito de Friedrich Muller. Editado por Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes and Dennis José Almanza Torres, a obra intitulada por “Friedrich Müller’s Theory of Law”, publicada pela editora Franz Steiner Verlag², marca o ponto de encontro de teóricos do direito de vários e diferentes países. Esta comunhão, partilhada pelo próprio Friedrich Müller, apresenta diversas perspectivas a respeito da Teoria Jurídica Estruturante.

² Ver: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho; TORRES, Dennis José Almanza. Friedrich Müller’s Theory of Law. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021.

O prefácio foi feito pelo próprio Friedrich Müller, professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg (Alemanha) e um dos principais teóricos constitucionais do século XX. Suas contribuições acadêmicas abrangem áreas como: História Constitucional e Direitos Fundamentais, Filosofia da Direito e Filosofia Política, Estado e Direito Constitucional, Metodologia Jurídica, Teoria de Direito e Teoria da Constituição. No prelúdio da obra que aqui se discute, Müller expõe alguns elementos fundamentais para a sua Teoria Jurídica Estruturante, apresentando-a como um marco conceitual transdisciplinar. O imperativo legal indicado pelo teórico no prefácio deste livro exhibe sua principal preocupação acadêmica: “trabalhe como se todo o sistema jurídico democrático estivesse em jogo com a sua decisão!”³ (MÜLLER, 2021, p. 18, *tradução própria*). Este imperativo está presente em toda vida de Friedrich Müller e norteia o desenvolvimento dos comentários aqui presentes.

A obra conta com Mikhail Antonov (2021) que, no artigo “Law, State, and Human Rights in Russian Legal Lexicon”, apresenta uma reflexão a respeito dos conceitos de “Estado” e “Lei” na cultura jurídica russa, indicando que a construção destes elementos na Rússia favorece uma percepção de poder ilimitado aos líderes políticos incompatível com a ideia de Direitos Humanos. Por sua vez, Rodrigo Bornholdt (2021) perfaz um diálogo entre a Teoria Jurídica Estruturante com a J.P. Sartre no artigo “On Valuation in Legal Interpretation A Study Based on Structuring Legal Theory”, de forma a indicar a inevitabilidade da valoração em processos jurídicos.

No artigo “Restructuring Structuring Legal Theory”, Thomas Coendet (2021) procura realocar e compreender a prática dos escritórios de advocacia e o direito para além do Estado na perspectiva da Teoria Jurídica Estruturante de Müller. Posteriormente, Adriano Sant’Ana Pedra (2021), procura compreender as limitações que a Teoria Jurídica Estruturante impõe ao fenômeno de mutações constitucionais no artigo: “Changes in constitutional interpretation and their limits: A Friedrich Müller’s theory based approach”.

Florian Windisch e Ralph Christensen (2021) desenvolvem uma reflexão no artigo “Friedrich Müller’s Experimental Turn of Legal Positivism”, cujo objeto central consiste na identificação que a linguagem, a

3 No original: “Work in such a way that the entire democratic legal system can be at stake with your decision-making!”

realidade e o direito apresentam para a inclusão daquilo que é externo ao direito. Florian Windisch (2021) encerra o livro com o artigo “Towards a Structuring Method of Balancing in Fundamental Rights Law”, no qual procura reconstruir o processo de balanceamento sob o regime de proporcionalidade *stricto sensu* nos casos clássicos de restrição de direitos fundamentais estruturas e processos em um nível doutrinário, normativo e metódico.

Dentre os desenvolvimentos teóricos presentes no livro “Friedrich Müller’s Theory of Law” o presente artigo dialoga diretamente com os artigos “Mulling Over Hermeneutics” de Gianluca Andresani e Natalina Stamile; e, “From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions” de João Maurício Adeotado (2021). Naquele, os autores apresentam os pontos principais da Teoria Jurídica Estruturante e indicam algumas perspectivas críticas do mesmo, enquanto neste, o referido autor apresenta duas ideias aparentemente conflituosas, a sobrecarga do judiciário e a pulverização das instâncias decisórias em agentes que não fazem parte, necessariamente, do Estado. Diante disto, o problema que norteia a presente investigação pode ser colocado da seguinte forma: uma vez que há uma pulverização das instâncias de decisão como o judiciário ainda se apresenta sobrecarregado na realidade brasileira?

Para tanto, em um primeiro momento, volta-se para apresentar as bases e o desenvolvimento teórico de João Maurício Adeotado, que o leva a sustentar a sobrecarga do texto jurídico, a sobrecarga do judiciário e a pulverização das instâncias que decidem sobre a concretização da norma. Tal feito se faz necessário para identificar possíveis contradições que ensejaram no problema aqui apresentado.

Posteriormente, volta-se para a realidade constituinte brasileira, a fim de alocar ao leitor o contexto no qual o problema é investigado. Neste tópico, pretende-se demonstrar, de maneira breve, como o Supremo Tribunal Federal⁴ se construiu como uma figura central no sistema organizacional jurídico-político sedimentado no momento constituinte de 1987-1988.

Por fim, retoma-se aos elementos eminentemente teóricos para compreender como se dá a relação entre a pulverização das instâncias decisórias com a sobrecarga do judiciário. Para responder o problema apre-

4 No Brasil, costuma-se utilizar a sigla STF para se referir à referida instituição. Dessa forma, adota-se a mencionada abreviação ao longo do texto.

sentado, utilizou-se do procedimento metodológico hipotético dedutivo, aplicado em meio a revisões bibliográficas e de documentos histórico da constituinte brasileira.

2. APRESENTANDO A APARENTE CONTRADIÇÃO

Como dito, este ensaio parte do artigo “From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions” publicado na obra *Friedrich Müller’s Theory of Law* organizada por Natalina Stamile, Nestor Castilho Gomes e Dennis José Almanza Torres (2021). João Maurício Adeotado (2021, p 21), autor do referido artigo, parte da distinção entre norma jurídica e texto feita de Friedrich Müller para sugerir três outras teses: a sobrecarga do texto jurídico, a sobrecarga do judiciário e a pulverização das instâncias que decidem sobre essa concretização.

Para Friedrich Müller (2021, p. 15), a promessa positivista era de libertação diante da metafísica tradicional e guiar o direito pelo que era dado positivamente; porém, acabou-se desconsiderando os domínios factuais e normativos que compõe o direito. Em oposição, Müller (2021, p. 15), compreende que o direito somente pode ser devidamente conhecido em uma relação de realidade. Isso importa em uma centralidade da ideia de dimensão normativa e factual em sua Teoria Jurídica Estruturante, que aparecem em um liame dialógico, formando uma díade entre texto e contexto (Andresani&Stamile, 2021, p. 30).

Dessa forma o texto legal não oferece uma norma definida, pelo contrário, oferece um conjunto de sinais que a valida e possibilita sua construção por meio do contexto social e comunicativo (Andresani&Stamile, 2021, p. 30). É justamente neste ponto que João Maurício Adeotado (2021, p. 21-24) apresenta sua primeira tese, a sobrecarga do texto legal, na qual a complexidade contemporânea leva os signos linguísticos a se distanciarem dos significados tradicionais. Isto ocorreria tanto em razão da criação de novos termos, quanto em razão de novos contextos que providenciam novos significados às palavras existentes.

Este problema decorre da inexistência de uma metalinguagem capaz de emancipar a linguagem comum e eliminar a imprecisão e ambiguidade (Adeotado, 2021, p. 21-22). Tal fato implica na sobrecarga do direito, que se mostra incapaz de apaziguar todos os conflitos e responder todas as demandas, o que geraria uma constante necessidade de legitimidade, uma

vez que as expectativas insatisfeitas permaneceriam combatendo as escolhas vitoriosas institucionalizadas pelo direito (Adeotado, 2021, p. 23). Com isso, exsurge a sobrecarga do Judiciário, responsável pela concretização, em última instância, do texto legal (Adeotado, 2021, p. 24). No Brasil, o Estado se coloca sempre no horizonte dos conflitos, por meio dos seguintes pressupostos: i) o direito visto a partir do conflito e da necessidade de controle; ii) a atividade do juiz como responsável pela definição do direito em última instância (Adeotado, 2021, p. 24-25).

Paralelamente, exsurge um fator crescente, a pulverização de instâncias de decisão de aspectos importantes da vida cotidiana, muitas das quais nem sequer pertencem ao Estado, que afetam por exemplo: câmbio, tráfego, segurança, internet, tarifas de energia e comunicações (Adeotado, 2021, p. 27). Isto acabaria esvaziando o poder decisório estatal, seja legislativo ou judiciário. Contudo, segundo João Maurício Adeotado (2021, p. 27) as instâncias tradicionais continuam em operação de forma ineficiente e sobrecarregada.

O presente artigo se desenvolve nesta aparente contradição de sobrecarga do judiciário e pulverização das instâncias decisórias. Isto pois, se o poder decisório escapa do judiciário, como ele ainda se apresenta sobrecarregado? Poder-se-ia responder tal problema indicando que a sobrecarga do judiciário se deve ao fato de que o mesmo se apresenta sempre no horizonte, como a instituição responsável pela última palavra a respeito de conflitos legais. Não obstante, tal perspectiva não oferece uma visão panorâmica da situação, uma vez que a centralidade judicial pode ser vista como uma decisão política. É justamente isto que será trabalhado no próximo momento, tendo como base a realidade brasileira.

3. CONSTITUINDO QUEM FALA EM NOME DO CONSTITUINTE⁵

O fim do “milagre econômico”, em meados de 1973, iniciou-se o processo de abertura do regime ditatorial militar no Brasil (Santos, 2015, p. 21; Brandão, 2011, p. 35). O processo de transição foi iniciado pelos próprios militares

5 Cabe aqui o agradecimento ao Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB), o qual possibilitou debates e investigações profundas a respeito do momento constituinte brasileiro. Para maiores detalhes a respeito, recomenda-se a leitura do relatório do referido grupo: LABORATÓRIO DE PESQUISA EM TEORIAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS (CPOL-LAB). Relatório das atividades anuais 2021. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do

que buscavam uma distensão lenta, gradual e segura (Cardoso, 2017, p. 11). Em suma, o objetivo era de manter as estruturas do regime ditatorial e estabelecer uma redemocratização não revanchista (Schwarcz&Starling, 2018, p. 470). Não obstante, as fraturas da base governista somada à crise econômica possibilitaram uma quebra do controle total pelos militares do processo de transição (Brandão, 2011, p. 35).

A leitura da “Carta aos Brasileiros” no dia 8 de agosto de 1977 pelo jurista Goffredo Telles Junior (1997, p. 412), simboliza o desgaste do regime ditatorial e o conclamo por um ato constituinte: “a fonte legítima, primária é a comunidade a que as leis dizem respeito; é o Povo ao qual elas interessam, comunidade e Povo, em cujo seio as ideias das leis germinam, como produtos naturais das exigências da vida”.

O momento de transição foi canalizado por meio da chamada “Aliança Democrática”, uma conciliação que tinha como figura central Tancredo Neves. O referido político mineiro foi capaz de angariar apoio de diversos segmentos políticos, inclusive do próprio exército⁶. Mesmo com alguns receios com relação a um “golpe dentro do golpe” a articulação política resultou em um documento intitulado por “Compromisso com a Nação”, no qual “o PMDB e a Frente Liberal, conscientes de suas responsabilidades perante a Nação, decidiram reunir seus esforços no propósito de promover as inadiáveis mudanças que a sociedade brasileira exige” (Guimarães, Neves, Mendonça & Maciel, 2010, p. 15).

Tancredo Neves, figura importante para o início dessa conciliação, foi eleito indiretamente para presidir o Brasil no momento de transição, contudo, em razão de um Leiomoma o falecimento do político mineiro deixou a faixa presidencial repousar sobre os ombros de José Sarney (Gaspari, 2016, p. 306). Em que pese a mudança, o novo presidente encaminhou a PEC 43/85 para que fosse convocada uma Assembleia Constituinte Congressional. Junto da emenda, José Sarney (1985, s.n.) encaminhava a mensagem nº48 de 1985-CN, indicando explicitamente que o ato decorria do cumprimento do “dever assumido com a Nação pela Aliança Democrática”.

Paraná, Jacarezinho, 2021. Disponível em: <<https://uenp.academia.edu/JairoLima>>. Acesso 10 de março de 2022

6 O apoio era notório, a ponto Jornal do Brasil publicar em 17 de janeiro de 1985 uma matéria intitulada por “Exército diz em nota que desfecho da sucessão é uma vitória da Revolução” (1985, p. 2)

Inicia-se, então, um processo no qual inúmeros grupos políticos buscam imprimir sua presença naquilo que viria a ser a Constituição Cidadã. Dessa forma, podem-se destacar a influência de: agentes católicos (Wohnrath, 2017); agentes evangélicos (Lopes, 2017), movimento negro (Santos, 2015); demandas ligadas a movimentos feministas (OLIVEIRA, 2014); policiais militares (Ribeiro&Burlamaqui, 2018; Soares, 2018; Zaverucha, 2010), dentre outros. Com relação ao STF a situação não é diferente, se os juristas não eram apenas destinatários, mas também construtores do texto constitucional (Lima, 2018, p. 147), os ministros do STF obtinham destaque durante este processo. A influência que o STF exercia sobre a constituinte se manifestava de três modos diferentes:

Como recurso estratégico mobilizado pelos agentes para sustentar suas posições nos momentos críticos; como arena decisória que, ao decidir litígios, atua como instância normativa que fixa o significado jurídico dos conflitos políticos e, por fim, como instância legitimadora da atuação dos ministros como opinantes constitucionais (Koerner&Freitas, 2013, p. 142)

Nota-se, portanto, que o STF era utilizado pelos constituintes para sustentar posições ou estabelecer uma arena decisória. Em contrapartida, essa influência não era exercida apenas da ANC para o STF, uma vez que servia como de forma a legitimar a atuação dos ministros como opinantes constitucionais. Paralelamente a esta relação com a constituinte, é possível notar que o Tribunal, em meados de 1979 e 1988, buscou mudar “a imagem de que aparentemente desfrutava na opinião pública, passando de uma situação em que era identificado como alheio à realidade e às necessidades do país, à imagem de instituição de importância central para o desenvolvimento da nação” (Oliveira, 2004, p. 116).

É possível notar o uso do léxico da *imparcialidade* durante a constituinte para a defesa de atributos ligados à independência judicial, como por exemplo a prerrogativa de vitaliciedade dos ministros do STF (Carvalho, 2017, p. 66). Em maio de 1987, o ministro Sydney Sanches expõe algumas propostas à Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, sendo possível enumera-las da seguinte forma:

- 1) autonomia orçamentária e administrativa, nos planos federal e estadual, com a submissão da proposta orçamentária diretamente ao Legislativo; 2) a permanência da exclusividade do PGR para a propo-

situra da representação de inconstitucionalidade; 3) oposição à criação do STJ e manutenção da competência do Supremo para o julgamento dos recursos extraordinários, com alguns ajustes; 4) oposição à transformação do Tribunal em Corte Constitucional por ofensa ao princípio federativo; 5) criação dos Tribunais Regionais Federais; 6) exclusão da competência da justiça militar para julgar civis; 7) extinção dos juízes classistas na justiça do trabalho; 8) mudança nas regras de promoção da magistratura para evitar a perda de quadros; 9) criação de novos tribunais de alçada; 10) criação dos juizados especiais de pequenas causas; 11) gratuidade da justiça, e 12) oficialização dos cartórios, a serem remunerados por recursos públicos, porém, mantidos os titulares de então (Carvalho, 2017, p. 47).

É possível identificar que as propostas ampliavam, ao menos em parte, o acesso ao judiciário, oferecia autonomia às instituições em questão, além de manter a centralidade do STF. A princípio, não se pode dizer que a intenção dos defensores destas demandas era de gerar uma juristocracia⁷ ou ministrocracia⁸. Inclusive, tais reivindicações podem ser vistas como um receio dos próprios ministros em relação às influências externas, como ocorreu durante o regime ditatorial⁹.

Em matéria publicada com o título “O Supremo e a Nova Constituição”, o jurista Adhemar Maciel avalia que o resultado final da constituinte não tinha alma, pois era “uma verdadeira colcha de retalhos”, de forma que seria incumbência do STF de “dar alma ao texto constitucional” (O Supremo E A Nova Constituição, 1988). É possível notar que essa ideia permanece viva entre os ministros do STF, como se pode observar no artigo de Luis Roberto Barroso (2015, p. 42), no qual indica “para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”. Ocorre que, se essa função de “empurrar” a história ocorre ocasionalmente, pode-se dizer que a disfunção de “emperrá-la” também ocorre.

7 Refere-se aqui ao termo utilizado por Ran Hirschl (2007).

8 Refere-se aqui ao termo utilizado por Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2018).

9 Para maiores detalhes a respeito das interferências no judiciário durante o regime ditatorial militar no Brasil, em especial no próprio STF, pode-se mencionar a obra Tanques e Togas de Felipe Recondo (2018).

Ocorre que essa centralidade do papel do STF no Brasil não decorre de um pressuposto óbvio ou de um embasamento teórico irrefutável, pelo contrário, trata-se de uma construção política na qual diversos agentes sociais influenciaram. Como já mencionado no primeiro capítulo, João Maurício Adeotado (2021, p. 24) identifica que os pressupostos que sustentam o Estado sempre no horizonte dos conflitos são: i) o direito visto a partir do conflito e da necessidade de controle; ii) a atividade do juiz como responsável pela definição do direito em última instância. Esta base, nada óbvia, como o próprio autor identifica, é resultado de uma construção política, que pode ser vista no próprio momento constituinte. O “Compromisso com a Nação” resultou em uma Lei Fundamental em que o Supremo Tribunal Federal é colocado como o único capaz de exprimir as intenções do poder constituinte. Findada esta contextualização, voltemos aos elementos teóricos a respeito do problema apresentado neste ensaio.

4. A Norma como Elemento Vivo/ A Precariedade da Norma

Cabe aqui retomar alguns pontos a respeito da relação entre norma e texto normativo. Para João Maurício Adeotado (2021, p. 21), conforme já mencionado, os signos linguísticos se distanciam de seus significados tradicionais na sociedade contemporânea, de forma que diferentes indivíduos e grupos podem compreender o texto normativo de maneira diferente. Tal fato faria com que o texto normativo fosse menos funcional, pois os significados da norma iriam se apresentar somente no momento de uma decisão concreta (Adeotado, 2021, p. 21). Contudo, este fenômeno não é uma deficiência da norma, mas sim uma pré-condição para que a mesma se construa, levando em consideração outros domínios além do texto da lei. De fato, a complexidade das relações pode gerar instabilidades na previsibilidade da norma, seja em razão de mudanças no domínio factual, seja por alteração na percepção do texto legal.

É justamente esta a preocupação de Friedrich Müller (2021, p. 18), que busca corroborar para a formação de uma metodologia capaz de garantir “que as decisões democráticas tenham um efeito confiável”¹⁰. A abordagem do autor decorre da percepção de que a soberania democrática não é mais exercida pelo povo, de modo que tal princípio deva ser compreendido como

¹⁰ No original: “Methodology shall help to ensure that democratic decisions have a reliable effect: to make the constitutional state stand by its word, so that democracy does not remain merely a word” (Müller, 2021, p. 18)

um conjunto institucional e normativo capaz de obstaculizar o domínio oligárquico (Müller, 2021, p. 18).

Cabe, aqui, uma observação quanto este ponto. Pode-se compreender que o real é compreendido por meio do simbólico, ou seja, a forma de apreender a sociedade se faz possível por meio do discurso (Burity, 2008, p. 38 - 41). Discurso, nesse sentido, não se restringe às palavras, pois é estruturado também por meio de ações (Rodrigues&Mendonça, 2008, p. 26). Nesse sentido, pode-se entender o povo como uma construção discursiva, na qual uma *plebe* se apresenta como *populos* (Laclau, 2018, p. 134). Esta prática não decorre de uma intenção ignominiosa, pelo contrário, é resultante da própria intenção de constituir o povo. Não obstante, este não é o foco do presente ensaio, tal reflexão foi colocada apenas para indicar que a soberania popular ainda pode exercer uma função no Estado Moderno, a função de legitimar o ordenamento jurídico. Ocorre que a própria ideia de povo e sua conceituação é permeada por dissensos sociais. Mais além, no momento em que se define um povo, exige-se a exclusão daqueles que não são considerados como tais para que o conceito possa se fechar. Dessa forma, o referido princípio além de ser visto como uma busca por limitar oligarquias deve ser considerado como o elemento fundante da estrutura jurídico-organizacional, por meio da atuação de um povo “precário”.

Ao considerar a soberania popular apenas como um conjunto institucional e normativo voltado a impedir domínios oligárquicos de fato, está-se deslocando a soberania para as próprias instituições, que, ao menos no Brasil, não são tradicionalmente ocupadas por setores sociais menos favorecidos, ou por uma pluralidade social expressiva¹¹. É justamente neste ponto que se apresenta a crítica de Natalina Stamile e Gianluca Andesani (2021, p. 37 - 38), na qual indicam que a norma não pode ser deixada exclusivamente nas mãos de executivos ou judiciário.

Se o texto legal pode ser permeado por interpretações diferentes e a norma é resultante de domínios factuais que corroboram passa a sua construção, pode-se dizer que norma também deve ser considerada precária, pois não decorre de um dado transcendental imutável. A conjuntura social

11 Apenas para ilustrar essa questão, pode-se indicar o artigo “Supremas Ministras: A Inclusão de Mulheres na Composição do STF à Luz da Legitimidade das Cortes Constitucionais” (Lima, Bueno&Stamile, 2021), que demonstra o déficit representativo com relação ao gênero no Supremo Tribunal Federal.

afeta a construção normativa, enfatizando ainda mais a necessidade da participação popular neste processo.

Cabe aqui voltar à compreensão de João Maurício Adeotado (2021, p. 23), na qual indica que as expectativas insatisfeitas permaneceriam combatendo as escolhas vitoriosas institucionalizadas pelo direito. Tal afirmação não implica em considerar as expectativas não institucionalizadas como “mais legítimas” que as institucionalizadas, mas apenas indica a necessidade de apontar para um fato no qual existem demandas negadas reiteradamente pela institucionalidade. Esta realidade implica na necessidade da reafirmação diária de legitimidade do sistema jurídico-político adotado.

Conforme indicado no segundo tópico deste ensaio, no Brasil, construiu-se um modelo no qual o Supremo Tribunal Federal é colocado no centro das disputas em torno dos signos constitucionais. Mais do que isso, é a instituição responsável pela última palavra a respeito da Constituição. Dessa forma, a Lei Fundamental brasileira possibilitou uma prática Constitucional na qual o STF é concebido como o único capaz de falar em nome da potência constituinte, como se fosse um agente iluminista capaz de tomar as únicas decisões necessárias para o bem do povo. Esta prática não decorre de algo meramente imposto em um momento específico, mas sim de uma construção social mediada pela prática constitucional ao longo do tempo. Esta se coloca como a razão pela qual mesmo diante da pulverização das instâncias de decisão, o judiciário ainda se apresenta sobrecarregado, ao menos na realidade brasileira.

5. CONCLUSÃO

O presente ensaio surgiu de provocações teóricas que permeiam a obra “Friedrich Müller’s Theory of Law”, publicada pela editora Franz Steiner Verlag no ano de 2021. Tal empreendimento se coloca de forma incontornável aos estudiosos para o debate em torno da Teoria Jurídica Estruturante de Müller. Isto pois, as investigações presentes na obra oferecem ao leitor uma experiência crítica e dinâmica com os principais elementos do pensamento de Müller. Mais além, realoca a discussão para realidades presentes em países como Brasil, Itália, Escócia, Rússia, China, Alemanha e Suíça. Este livro estabelece um diálogo internacional, de forma a substanciar um referencial indubitável a respeito da temática.

As reflexões aqui apresentadas orbitaram em especial o artigo “From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions” de João Maurício Adeotado, no qual foram apresentadas as seguintes teses: a sobrecarga do texto jurídico, a sobrecarga do judiciário e a pulverização das instâncias que decidem sobre a concretização da norma. A princípio, poder-se-ia dizer que a sobrecarga do judiciário seria contraditória com a pulverização das instâncias de decisão. No entanto, o presente ensaio corroborou com as conclusões de Adeotado.

A centralidade do Supremo Tribunal Federal decorre de uma construção política, podendo-se notar este processo no próprio momento constituinte nacional. Dessa forma, mesmo que se possa identificar uma pulverização das instâncias de decisão capazes de esvaziar o poder decisório do Estado, o sistema organizacional brasileiro leva ao judiciário, em especial ao STF, uma gama de conflitos sociais que o sobrecarrega e o oportuniza a criar estratégias para fazer valer sua última palavra a respeito dos signos constitucionais.

Tal fato não decorre meramente de uma imposição dada no momento constituinte, mas de uma prática constitucional sedimentada ao longo do tempo. A Assembleia Nacional Constituinte foi importante para este direcionamento, mas a centralidade do STF foi corroborada com a implementação da Lei Fundamental. Devido ao escopo do presente ensaio, o momento pós constituinte não foi trabalhado, ficando o espaço aberto para uma complementação neste ponto para que se possa compreender todo o processo que levou à centralidade do judiciário no cenário brasileiro. De todo modo, esta consideração a respeito da prática constitucional caminha em direção às contribuições teóricas de Friedrich Müller.

REFERÊNCIAS

Adeotado, J. M. (2021). From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Orgs). *Friedrich Müller's Theory of Law* (p. 21-28). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Antonov, M. (2021). Law, State, and Human Rights in Russian Legal Lexicon. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Org). *Friedrich Müller's Theory of Law* (p. 39-60). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Arguelhes, D. W. & Ribeiro, L. M. (2018). MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, 13-32.

Barroso, L. R. (2015). A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 24-51.

Bornholdt, R. (2021). On Valuation in Legal Interpretation A Study Based on Structuring Legal Theory. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Org). *Friedrich Müller's Theory of Law* (p. 61-70). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Brandão, L. C. (2011). *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

Burity, J. A. (2008). Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. In.: Rodrigues, L. P. & Mendonça, D. *Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau*. (p. 35 - 52). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

Cardoso, R. M. (2017). *A Participação Popular na Constituinte de 1987 - 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris.

Carvalho, A. D. Z. (2017). Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 114, 2017, 31-77.

Coendet, T. (2021). Restructuring Structuring Legal Theory. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Org). *Friedrich Müller's Theory of Law* (p. 71-88). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Exército Diz Em Nota Que Desfecho Da Sucessão É Uma Vitória Da Revolução (1985). *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 17, janeiro.

Gaspari, E. (2016). *A ditadura acabada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca.

Guimarães, U., Neves, T.N., Mendonça, A. C. & Maciel M. (2010). Compromisso com a Nação. In: Maciel, M. *Compromisso com a Nação*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 187, 9-19.

Hirschl, R. (2009). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.

Koerner, A., Freitas, L. B. (2013). O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, nº 88, 141-184.

Laboratório De Pesquisa Em Teorias Constitucionais E Políticas – CPOL/LAB (2021). *Relatório das atividades anuais*. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2021. Disponível em: <<https://uenp.academia.edu/JairoLima>>. Acesso 10 de março de 2022.

Laclau, E. (2018). *Razão Populista*. São Paulo: Três Estrelas.

Lima, F. D. S. (2018). Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 145-167.

Lima, J., Bueno, M. P. & Stamile, N. (2021). Supremas Ministras: a Inclusão de Mulheres na Composição do STF à Luz da Legitimidade das Cortes Constitucionais. *Dossiê temático “Gênero e Instituições Judiciais: conexões teóricas e práticas”*, *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 217-255, 2021.

Lopes, G. E. G. (2017). *Evangélicos, mídia e poder: análise da atuação parlamentar na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)*. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Müller, Friedrich. Preface (2021). In: Stamile, N., Gomes, N. C. & Torres, D. J. A. (Org). *Friedrich Müller’s Theory of Law*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

O Supremo E A Nova Constituição (1998), *Correio Braziliense*. Distrito Federal, 8, setembro.

Oliveira, A. V. (2014). *Constituição e Direitos das Mulheres: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte e suas consequências no texto constitucional*. Curitiba: Juruá.

Oliveira, F. L. (2004) O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: Uma Análise de Conteúdo dos Jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo. *Revista de Sociologia Política*. Vol. 22, jun. Curitiba/PR, 101-118.

Pedra, A. S. (2021). Changes in constitutional interpretation and their limits: A Friedrich Müller’s theory based approach. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Org). *Friedrich Müller’s Theory of Law* (p. 89-104). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Recondo, F. (2018). *Tanques e Togas*. São Paulo: Companhia das letras.

Ribeiro, L. M. & Burlamaqui, P. (2018). Trinta anos depois, os desafios são os mesmos? O debate sobre a Segurança Pública na Assembleia Nacional Constituinte. *Locus: Revista de História*, v. 24, nº 2, 375-410.

Rodrigues, L. P. & Mendonça, D. (2008). A impossibilidade da emancipação: notas a partir da teoria do discurso. In: Rodrigues, L. P. & Mendonça, D. *Pós-estruturalismo e teoria do discurso: em torno de Ernesto Laclau* (p. 53-70). Porto Alegre: EDIPUCRS.

Santos, N. N. S. (2015). *A voz e a palavra do movimento negro na assembleia nacional constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direito*. Dissertação (mestrado) – Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil.

Sarney, J. (1985). *MENSAGEM Nº 48, de 1985-CN*. Brasília.

Schwarcz, L. M. & Starling, H. M. (2018). *Brasil: uma biografia*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras.

Soares, B. C. P. (2018). A longa constituinte dos policiais militares: da preparação para a Assembleia Nacional Constituinte à revisão de 1993. In: Coelho, S. O., DINIZ, R. M. S. & Coelho, D. J. S. (Orgs). Florianópolis, Tirant lo Blach, 107-138.

Stamile, N. & Andesani, G. (2021). Mulling Over Hermeneutics. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Org). *Friedrich Müller’s Theory of Law* (p. 29-38). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Stamile, N., Gomes, N. C. & Torres, D. J. A. (2021). *Friedrich Müller’s Theory of Law*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021.

Telles, G. (1997). Carta aos brasileiros. *Crônicas das Arcadas-Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 92, 599-612.

Windisch, F. (2021). Towards a Structuring Method of Balancing in Fundamental Rights Law. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres,

(Org). *Friedrich Müller's Theory of Law* (p. 119-137). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Windisch, F. & Christensen, R. (2021). Friedrich Müller's Experimental Turn of Legal Positivism. In N. Stamile, N. C. Gomes, & D. J. A. Torres, (Org). *Friedrich Müller's Theory of Law* (p. 105-118). Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

Wohnrath, V. P. (2017). *Constituindo a Nova República: agentes católicos na Assembleia Nacional 1987-88*. Tese (doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil.

Zaverucha, J. (2010). Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In E. Teles, & V. Safatle. (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira* (p. 41-76). São Paulo: Boitempo.

IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR¹

Familia Funcional y Familia Disfuncional

Columba del Carpio Rodríguez²
cdelcarpior@unsa.edu.pe

Resumen

La familia tiene un valor inconmensurable en el desarrollo y autorrealización de la persona. Es el componente primordial de la sociedad que moldea al ser humano desde los primeros instantes de la vida, pasando después a un proceso dinámico de interacción familia-sociedad. Sin embargo, es la familia la que lo seguirá acompañando en las diferentes etapas de la vida, en la cual, como el grupo social más pequeño, la persona ejercerá su derecho a la intimidad. Es aquí donde, en estos momentos cruciales de la pandemia que azota a toda la humanidad, el ser humano debe refugiarse en defensa de la vida. Más, mientras unos encontrarán el lugar perfecto para sobrevivir; otros, paradójicamente hasta perderán la vida, víctimas de la violencia exacerbada por el encierro.

En el presente trabajo se demostró los efectos negativos de la pandemia en la familia, reflejados en el incremento de denuncias por violencia intrafamiliar.

1 El presente trabajo inédito es fruto de la ponencia presentada por la autora en el Congreso Mundial web de Derecho de Familia, organizado por la International Society of Family Law, del 26 al 28 de agosto 2020

2 Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (España), Magister en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa-Perú (UNSA), Docente Principal de Pre y Postgrado UNSA, ExJueza de la Corte Suprema de la República del Perú, Miembro de la International Society of Family Law, de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas, de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica y Asociada Honoraria de la Asociación de Derecho de Familia y Sucesiones (ADFAS, Brasil). ORCID 0000-0002-4162-7075

Palabras Clave: Familia, derecho a la intimidad, pandemia, cuarentena, violencia intrafamiliar, familia funcional, familia disfuncional,

IMPACT OF THE PANDEMIC ON DOMESTIC VIOLENCE

Functional Family and Dysfunctional Family

Abstract

The family has immeasurable value in the development and self-realization of the person. It is the fundamental component of society that molds the human being from the first moments of life, then moving on to a dynamic process of family-society interaction. However, it is the family that will continue to accompany him in the different stages of life, in which, as the smallest social group, the person will exercise his right to privacy. It is here where, in these crucial moments of the pandemic that hits all humanity, the human being must take refuge in defense of life. More, while some will find the perfect place to survive; others, paradoxically, will even lose their lives, victims of the violence exacerbated by the confinement.

In the present work, the negative effects of the pandemic on the family were demonstrated, reflected in the increase in complaints of domestic violence.

Key words: Family, right to privacy, pandemic, quarantine, domestic violence, functional family, dysfunctional family.

Sumario: 1. Introducción 2. La Familia en Tiempos de la Pandemia 2.1. El Derecho a la Intimidad o a la Vida Privada Familiar. 2.2. ¿Derecho o Deber a la Intimidad Familiar? 3. Familia Funcional vs. Familia Disfuncional 3.1. Características 3.2. El Descorrido velo de la Intimidad Familiar y la Violencia 4. Conclusiones 5. Bibliografía y Webgrafía

1. Introducción

La familia es la primera célula social, base misma de la sociedad, y como tal es insustituible en el desarrollo integral del ser humano. La familia es el componente primordial de la sociedad que moldea al ser humano desde los primeros instantes de la vida.

El ser humano pertenece a una de las especies menos capacitadas para valerse por sí misma al venir al mundo, de tal manera que su sobrevivencia sería inviable de no gozar desde un primer momento de la protección de la madre y del medio más adecuado para su desarrollo, el medio familiar. Es allí donde el ser humano rodeado del grupo familiar, se va moldeando para su interrelación social que le permita desplegar sus potencialidades de manera armoniosa con los otros integrantes de la sociedad en la que se desenvuelve. De allí que se produzca un proceso dinámico de interacción familia-sociedad y sociedad-familia.

La importancia de la familia en el desarrollo humano da lugar a una identificación de la persona con su grupo familiar cual un sello característico, que no lo priva, sin embargo, de su propia individualidad, en un despliegue de vida saludable y propicia para su realización e interacción social.

Toda esta dinámica que se repite generacionalmente en una espiral interminable que forja a su vez la fisonomía de la sociedad y del país, reflejo al fin y al cabo de sus componentes, las más pequeñas células sociales: las familias.

De este modo, la familia ha sido reconocida como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por tanto con derecho a su protección por la misma sociedad y el Estado, en los más importantes instrumentos jurídicos internacionales, como:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) Art. 16.3;
- b) Los Pactos Internacionales
 - Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) Art. 10.1
 - Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) Art. 23.1
- c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) Art. 17.1
 - El Protocolo de San Salvador (1988) Art.15.1
- d) La Convención sobre los Derechos del Niño (1989): Preámbulo

Mientras que a nivel interno destaca el siguiente principio protector en la Constitución peruana:

Art. 4º.- La Comunidad y el Estado.... También protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

Por lo tanto, en ese marco jurídico, en momentos tan difíciles para la humanidad, en que se ve atacada por el temible virus Covid 19 ¿Cuál será el impacto de la pandemia en las familias peruanas? ¿Resultará suficiente el reconocimiento del derecho fundante de protección a la familia?; o, por el contrario ahora más que nunca ¿resultará necesaria la perspectiva de derechos humanos, en particular en contexto como el de la sociedad peruana? Explorar el tema para tratar de desentrañar tales interrogantes será la finalidad del presente trabajo.

2. La Familia en Tiempos de Pandemia

El ser humano, por su propia naturaleza, experimenta la necesidad de tener lazos afectivos permanentes en un medio que le brinde intimidad y seguridad frente a los peligros externos, así la familia se constituye en el ambiente ideal para satisfacer esas necesidades.

Ciertamente, el desarrollo científico y tecnológico ha permitido experimentar a los hombres de ciencia hasta límites insospechados no solo en la creación de nuevos instrumentos altamente tecnificados, sino con elementos de la vida misma. Así la humanidad toda, acorde también con el desarrollo de las comunicaciones, a tal extremo que permite la interconexión de todo el planeta, se ha visto afectada desde los primeros meses del presente año 2020 por un terrible y letal virus, el Covid 19, que se ha propagado fácilmente a todo el planeta tierra, provocando una incontrolable pandemia que ha determinado el repliegue del ser humano a su reducto más pequeño, al de su familia, a fin de resguardar el bien máspreciado: la vida.

Esta situación nos coloca frente a un derecho derivado del derecho humano fundante de protección a la familia.

2.1. El Derecho a la Intimidad o a la Vida Privada Familiar

El análisis de este derecho nos plantea una doble interrogante: la primera, en relación al *nomen iuris*, respecto al cual tendríamos que preguntarnos si estamos frente a términos jurídicos sinónimos; y, la segunda, respecto al contenido del derecho.

El análisis de esa doble perspectiva no resulta pacífica, pues vamos a ver cómo tales derechos no son sinónimos ni por el *nomen iuris* ni por el contenido.

En cuanto al nombre, encontramos que en los principales instrumentos de derechos humanos se le denomina como derecho a la privacidad (personal y familiar), advirtiéndose así una clara influencia anglosajona³

3 La primera mención de este derecho la encontramos en el alegato de los abogados norteamericanos Warren y Brandeis "*The Right to privacy*" con motivo de la indebida difusión de una circunstancia totalmente familiar relativa a una dama, y que luego fue objeto de la publicación de un artículo en la *Harvard Law Review* en 1890, cuyo contenido caló hondo y fue acogido por la jurisprudencia norteamericana.

desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), que en su artículo 12 consagra que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...

Con la misma denominación y similar redacción lo hallamos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su Art. 17.1:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...

La Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre (1950), según Corral Talciani (2005) parece distinguir entre respeto de la vida privada y respeto de la vida familiar, en el Art. 8.1:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...

En la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, lo vamos a encontrar con idéntica redacción, bajo el epígrafe del Respeto de la Vida Privada y Familiar, Art. 7º:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar....

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha seguido la misma tendencia, denominándolo como derecho a la privacidad. De este modo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) consagra en su Art. V que:

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley, contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación, y a su vida privada y familiar.

En su momento, la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica (1969) sigue la misma línea al sancionar en su art. 11.2 que:

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...

Entonces, podemos concluir que los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, tanto del Sistema Universal como de los Sistemas Regionales más trascendentes, claramente influenciados por la Declaración Universal, han seguido la misma tendencia de denominarlo como Derecho a la Vida Privada.

De otro lado, se advierte en el Derecho interno de los Estados, que los países que siguen la tradición Continental como España (Art. 18) y varios países latinoamericanos como Argentina (Arts. 18 y 19), Colombia (Art.15) y Perú (Art.2.7), entre otros, lo han consagrado en sus Cartas Políticas como Derecho a la Intimidad. Se trataría entonces de la ya tradicional controversia entre el sistema jurídico del *civil law* de vieja raigambre francesa y el del *common law* de origen anglosajón.

Como derecho a la intimidad personal y familiar, se halla consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993, en su Art. 2.7⁴, al igual que con la misma denominación en el Art. 14 del Código Civil de 1984⁵, este último a propuesta del Ponente del Libro I de dicho Código, el gran jurista peruano, recientemente fallecido, Doctor Carlos Fernández Sessarego, quien consecuente con su posición apegada al Personalismo frente al Patrimonialismo, propuso introducir en este Libro los derechos de la personalidad.

El Constitucionalista Enrique Bernales (1996), refiriéndose al núcleo duro del derecho a la intimidad afirma que:

La intimidad es el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano, como una reserva no divulgable. Entre otros están, sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como su salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes, etc. p.103

Se advierte, tanto del tenor del Art. 2.7 de la Carta Política del Perú así como el del Art. 14 del Código Civil peruano que existen 2 dimensiones de la intimidad que podrían considerarse como complementarias: la personal y la familiar. Mientras que la intimidad personal es el ámbito restringido al individuo mismo; la intimidad familiar se refiere más bien

4 Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz, a la imagen propia.

5 Art. 14. Derecho a la Intimidad Personal y Familiar.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o, hermanos, excluyentemente y en este orden.

a las relaciones que existen dentro de la familia, como las conyugales, las paterno-filiales y las fraternales.

Como desde ya se advierte, en cuanto al contenido, no se trata del mismo derecho, pues el derecho a la intimidad personal, como se ha visto, alude al ámbito más profundo del individuo que tiene que ver con su esencia ontológica. Así, el mismo Bernales (1996) sostiene magistralmente que la intimidad personal es el ámbito restringido en torno al individuo mismo, es aquella intimidad que, incluso, puede negarla a sus familiares; en tanto que el derecho a la vida privada tiene más bien connotaciones relativas al comportamiento social de la persona titular del derecho (Cobos, 2013). De allí que cierto sector de la doctrina se refiera a “la intimidad de la vida privada”.

Siendo así, consideramos que para los efectos del presente trabajo no resulta tan trascendente concluir cuál es el derecho en cuestión, pues en todo caso esto rebasaría su finalidad, sino más bien buscar puntos de encuentro respecto a tales derechos; y, en efecto, advertimos que en los instrumentos internacionales y nacionales se establece la prohibición de injerencias en la vida privada o vida íntima de la persona y que ambos derechos aparecen siempre relacionados con la vida familiar o doméstica.

En relación con lo anterior, otro tema a dilucidar y que se extrae tanto de la redacción de los textos internacionales como de las Cartas Políticas que lo consagran como derecho a la intimidad, es si se trata de una doble dimensión de protección, tanto desde la perspectiva personal como la del núcleo familiar, vale decir, que la protección no sólo estaría referida al derecho en el plano individual relativo a la vida personal y familiar; sino, también en cuanto al propio núcleo familiar.

Al respecto, la familia como institución está tutelada en los instrumentos internacionales de derechos humanos y nacionales de derechos fundamentales, siendo el primer derecho el de protección el cual se constituye así como derecho fundante⁶ del cual se van a derivar una serie de derechos, entre ellos el derecho a la protección de la vida privada o íntima y a la prohibición de injerencias arbitrarias a la familia institucionalmente considerada, tal se extrae del tenor de dichos instrumentos jurídicos. En

6 El derecho fundante es aquel derecho esencial, el basamento de otros derechos de similar naturaleza.

ese sentido, se pronuncia Corral Talciani (2005) al reconocer a la familia una cierta subjetividad jurídica para clamar el amparo de su intimidad.

En efecto, existen una serie de derechos reconocidos en relación a la familia, Derecho a constituir una familia o a fundar una familia; a vivir en familia; el interés superior del niño y su derecho a vivir con su familia natural; derecho de la familia a una existencia digna; derecho de la familia a un nivel de vida adecuado; el derecho a no sufrir injerencias a la vida en familia. Como el primer medio en el que se desarrolla el ser humano es la familia, la que está ampliamente protegida como se tiene analizado, todos esos derechos y, en particular el de prohibición de injerencias arbitrarias, se aplican no sólo a la persona como ser individual, sino que se hacen extensibles a la institución familiar.

En esa perspectiva, el máximo Tribunal de la Región Americana ha remarcado que:

“La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.... (Caso Fornerón e Hija vs. Argentina; párr. 116.)

*“Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo **preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias** de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.” (Sentencia Corte IDH; Caso Atala Riffo vs. Chile; parr. 171.)*

No cabe duda, entonces, que la institución familiar como tal goza de derechos, siendo el más importante el de su protección por el Estado y la comunidad, derecho que reiteramos, se constituye así en un derecho fundante del cual se van a derivar otros, entre ellos el derecho a la intimidad o privacidad de la familia.

2.2. ¿Derecho o Deber a la Intimidad Familiar?

La pandemia que azota a la humanidad ha determinado que por razones de índole sanitaria se hayan dictado en los países las medidas de aisla-

miento social o cuarentena a fin de evitar que se propague el agresivo y letal coronavirus o Covid 19, y en algunos casos, como en Perú, se han dictado hasta medidas excepcionales de emergencia como es la prohibición absoluta de salida de las personas de sus domicilios, en cierto rango horario, como por ejemplo en horas de la noche, así como endurecidas medidas en ciertos días de la semana, lo que ha significado una inmovilización total de la población en esos horarios y que constituyen en el fondo “un toque de queda”.

La referida denominación, se ha evitado en las normas del Poder Ejecutivo que así lo han dispuesto, por cuanto como resulta obvio, dichas medidas aunque justificadas, significan la restricción de ciertas libertades individuales como por ejemplo las de reunión, de tránsito y de inviolabilidad domiciliaria, cuando por ejemplo llegan a la Policía fundadas noticias que en determinado domicilio se están llevando a cabo reuniones sociales que violan las reglas de aislamiento social.

En ese estado de cosas, cabe más bien preguntarse, si en realidad estamos frente a los consagrados derechos a la intimidad o privacidad familiar; o, más bien, ¿se trata de un deber impuesto? obviamente justificado por razones de índole sanitaria, al hallarse en riesgo la salud y hasta la vida de las personas. En el caso de Perú, esta excepción se encuentra prevista en el Art. 137° de la Constitución Política.

3. Familia Funcional vs. Familia Disfuncional

Sabido es que la convivencia familiar no es siempre una tarea sencilla, más aún cuando hay que compartir espacios todo el día y por un largo período de tiempo a lo que se suma la incertidumbre de la prolongación de esa situación. En este contexto, suelen aparecer conflictos entre los diferentes miembros de la familia, vale decir entre hermanos, entre la pareja y entre padres e hijos. Estos pueden tratarse de disputas leves, como los reproches; o, discusiones graves y hasta problemas que atentan directamente contra los integrantes de la familia como la violencia de género o maltrato infantil.

Así, el panorama actual puede resultar propicio para la aparición de conflictos en la familia e incluso intensificar los problemas que ya estaban presentes antes del aislamiento social. El origen de los conflictos puede ser variado, sin embargo, muchos de ellos podrían estar relacionados con

la falta de comunicación, la violencia, la infidelidad, etc., resultando los más afectados los niños, al ser vulnerables.

El conflicto en la familia generalmente se halla impregnado de una alta carga emocional y puede ser visto en doble perspectiva: una positiva, que lleva a reforzar los lazos familiares; y, otra negativa, que genera graves daños en las relaciones intrafamiliares.

Por ende, es importante tener en cuenta que la presencia de conflictos en la convivencia familiar, no la convierte necesariamente en disfuncional, ya que su funcionalidad depende de los niveles de flexibilidad que desarrollen sus integrantes para adaptarse y responder a las dificultades cotidianas.

Ahora bien, los conceptos de funcionalidad y disfuncionalidad no son estáticos (Carreras, 2014). Todas las familias pasan por períodos de crisis, lo que tampoco la convierte en familia disfuncional. Solo cuando se advierta la instauración de un patrón de conducta con ciertas características por un tiempo más o menos prolongado, recién entonces podríamos estar frente a una familia disfuncional.

3.1. Características de la Familia Funcional

Según Minuchin (como se citó en Carreras, 2014) la familia funcional es aquel *“sistema que anima a la socialización dando a sus miembros todo el apoyo, toda la regulación y todas las satisfacciones que son necesarias para su desarrollo personal y relacional”*.

Este concepto es bastante amplio, pero de él se extrae la posibilidad que brindan estas familias para el desarrollo individual, relacional al interior y al exterior de la familia de una manera equilibrada y armoniosa que determine la solidez del desarrollo de cada uno de sus miembros.

Así, en ella se advierte que su organización estructural interna es sólida y estable, a nivel conyugal, fraternal y parental. Es decir, que cada uno de sus integrantes conoce bien las competencias que le corresponden y las funciones que tiene en el seno de la familia.

Este tipo de familia sabe afrontar la crisis que la propia dinámica familiar presenta, como por ejemplo la pérdida de trabajo, la muerte de un ser querido, etc., (Carreras, 2014) pues presenta una estructura y flexibilidad de los miembros que la componen, que le permite adaptarse en

el tiempo y adecuarse a las necesidades de cada uno de sus miembros y de la propia familia.

En la familia funcional los miembros de los subsistemas: conyugal, fraternal y parental disfrutan sanamente las características de identidad, que les permite experimentar equilibradamente con las expresiones de pertenencia y diferenciación, de modo tal que se guarda un equilibrio entre la identidad individual y el proceso de socialización. Así las familias funcionales dotan a sus integrantes de un sentimiento de seguridad emocional básica para el desarrollo de la autoestima que les permita desenvolverse adecuadamente tanto en el medio familiar como en el social.

Respecto a esto último, resulta de suma importancia que tanto los miembros de la familia como la institución familiar misma se puedan adaptar a las circunstancias cambiantes de la sociedad; sin embargo, dicha adaptación debe permitir se mantenga la continuidad en el crecimiento psicosocial de cada integrante manteniendo a su vez la unidad familiar, pues caso contrario la estructura de la familia se modificaría cada vez que cambiase el contexto.

Así, el marco familiar ha de ser flexiblemente abierto hacia el exterior, el que no debe ser perturbador del proceso de individuación de cada integrante de la familia, lo que resulta especialmente importante durante la niñez y adolescencia en que la familia es la base para la comunicación con el exterior.

Otra característica de la familia funcional es la calidad de la comunicación entre los miembros, siendo el medio más importante el lenguaje verbal, el que debe ser sencillo, claro y coherente, siendo muy importante la expresión de los afectos (Carreras, 2014). Cada integrante de la familia debe ser capaz de expresar sus opiniones y emociones sobre los demás y sobre las situaciones que confrontan, y debe compartir esperanzas, temores y expectativas con los demás miembros. Esta familia está preparada para resolver los conflictos que se presenten, requiriendo lapsos de tiempo para lograrlo, dependiendo de la complejidad de los mismos, haciendo uso de las mejores estrategias.

3.2. La familia disfuncional

Podríamos caracterizar a la familia disfuncional en antítesis de la familia funcional para mostrar cómo incide negativamente en el bienestar de cada

uno de sus miembros y del grupo familiar en general; sin embargo, para los fines del presente trabajo, resulta preferible referirse a las características de las familias gravemente disfuncionales.

Entre los investigadores más relevantes en cuanto a la funcionalidad vs. disfuncionalidad familiar se encuentran Beavers y Hampson (2011). Estos autores sostienen que el rasgo más frecuente de las disfunciones es la incoherencia, la cual se manifiesta tanto en los patrones comunicativos como en la propia estructura relacional que no permite negociar los conflictos y avanzar individualmente en iniciativas autónomas.

En estas familias no está claro el reparto natural de roles en el núcleo familiar y alguno de los miembros podría ocupar un lugar que no les corresponde; esto, a nivel estructural, es el resultado de la nula distinción de los niveles entre los miembros de la familia. Por ejemplo, un adolescente haciéndose cargo de un padre alcohólico y una madre con disturbios psicológicos. Otra característica común al funcionamiento de las familias disfuncionales es la ausencia de un liderazgo claro por parte de los adultos (Carreras, 2014). Sin un liderazgo efectivo el funcionamiento de la familia parece caótico.

En cuanto al aspecto relacional, es frecuente advertir en estas familias dos extremos, por una parte, una distancia incómoda entre unos y otros, esto es porque hay un alejamiento entre los miembros; y, por otra, una aproximación exagerada que los muestra “casi fusionados”. Las emociones son encubiertas, los miembros de la familia se comportan como si el contacto humano y la revelación de sus sentimientos no resultaran convenientes, mostrándose recelosos. Así los encuentros interpersonales resultan impredecibles.

En relación con la dinámica familiar y el estilo de vida se pueden encontrar en estas familias 2 modelos: el centrípeto y el centrífugo⁷. Según Carreras A. (2014):

La dinámica centrípeta ejerce una exagerada atracción de los miembros hacia el núcleo familiar; en tanto que en la centrífuga se produce

⁷ En la ciencia de la Astrofísica, la fuerza centrípeta de la trayectoria orbital es la atracción gravitatoria hacia el centro de la masa; en tanto que, la fuerza centrífuga de la trayectoria orbital es la propulsión tangencial hacia fuera alejándose de ella. Como se advierte, existe una migración conceptual transdisciplinaria, pues de la Astrofísica el término es trasladado a los sistemas humanos.

más bien el fenómeno inverso, en el cual los miembros son atraídos exageradamente por el exterior. Así, los miembros de las centrípetas ven a la familia como una fuente de goce y satisfacción, de allí que sus relaciones con el exterior sean rígidas e impermeables; por el contrario, los integrantes de las familias centrífugas encuentran la satisfacción y el goce fuera de la familia, encontrándose por tanto en constante contacto con el exterior.

Generalmente los hijos de las familias centrípetas se muestran incluso incapacitados en su normal progresión de desarrollo emocional y personal. Por su parte, los padres en esta familia no funcionan como un binomio, en tanto que se advierte una extraña coalición padre-hija o madre-hijo. Este tipo de familias está asociado a menudo con personas con graves problemas de alcoholismo, disociación, disturbios psicológicos y hasta psiquiátricos.

En contraste, en las familias centrífugas, las fronteras que delimitan el interior con el contexto social son vagas y tenues. La hostilidad está presente, con frecuencia hay injurias y ataques. Allí nadie se ocupa de las necesidades afectivas de sus miembros, el amor y la ternura se truecan en desprecio y burla, en tanto que las personas se hieren mutuamente con frecuencia, y suelen ser insensibles al dolor ajeno. Como se puede advertir, este ambiente familiar es un cotidiano caldo de cultivo de la violencia.

3.3. El Descorrido velo de la Intimidad Familiar y la violencia Intrafamiliar

Como decíamos al empezar este ítem, es bien conocido que la convivencia familiar no es siempre una tarea sencilla, tanto más cuando se trata de una tarea impuesta, en la que se debe compartir espacios todo el día, por un largo período de tiempo sobre la que pesa la incertidumbre de la prolongación indefinida de esa situación. En este contexto suelen aparecer conflictos entre los diferentes miembros de la familia, vale decir entre hermanos, entre la pareja y entre padres e hijos.

Sin embargo, el conflicto, podría presentar un doble rostro:

- a) Uno positivo, generalmente experimentado por las familias funcionales con las características analizadas en el ítem 3.1. pues están dotadas de los medios necesarios para afrontar la crisis que pueda presentarse en determinada circunstancia, como la que es materia de análisis en este trabajo, ya que tiene una estructura sólida, y a su

vez, la flexibilidad de los miembros que la componen, que más bien la llevará a reforzar los lazos familiares; y,

- b) Otro negativo, que genera graves daños en las relaciones intrafamiliares, cuando el conflicto lo enfrenta una familia disfuncional, ítem 3.2 -con sus incoherencias organizacionales, falta de comunicación entre las personas que la componen y encubrimiento de sus emociones- en sus dos tipos, centrípetas y centrífugas, peor aún en estas últimas, en las cuales sus integrantes prefieren el exterior, al no encontrar aliciente alguno en su propio núcleo familiar.

No hace falta mucha imaginación para darse cuenta del duro impacto de la cuarentena en los miembros de las familias disfuncionales, particularmente de las centrífugas, quienes se ven obligados a permanecer en casa. En estas familias las consecuencias del encierro forzoso no se dejan esperar, haciendo su aparición la temible violencia intrafamiliar exacerbada por el encierro.

Las siguientes cifras son una muestra del impacto de la cuarentena en las familias peruanas:

Año	Niños	Adolescentes	Mujer			Adulto Mayor	TOTAL
	Violencia Familiar	Violencia Familiar	Tentativa Femicidio	Femicidio	Violencia Familiar	Violencia Familiar	Violencia Familiar
2017	17861	12820	247	121	59042	5594	95317
2018	23958	17851	304	149	83780	8108	133697
2019	31716	23849	404	166	115246	11074	181885
2020	6810	5204	194**	66***	27094	2694	41802*

Fuente: Elaboración personal, en base a la información de los Centros Emergencia Mujer (CEM) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) con el apoyo, en la obtención de datos, de los estudiantes de la cátedra Derecho de Familia y Menores 3A de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa-Perú (UNSA, 2020 A)

Los casos de violencia familiar de diferente tipo aumentaron ostensiblemente durante la cuarentena nacional decretada en Perú desde el 16 de marzo al 30 de junio del presente año 2020, en especial la violencia física,

* Estas cifras de violencia familiar son de enero a marzo 2020

** Cifra de tentativas de femicidio durante la cuarentena nacional 16 de marzo a 30 de junio 2020

*** Cifra de femicidios durante la cuarentena nacional 16 de marzo a 30 de junio 2020

psicológica y sexual en agravio de niños y mujeres, como lo demuestran la 67,712 llamadas al número telefónico gratuito 100 del Centro Emergencia Mujer (CEM) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), de las cuales 17,000 correspondieron a niños afectados por la violencia física y sexual, en muchos casos fueron los propios niños que telefoneaban pidiendo auxilio, Montenegro G. (4 de julio de 2020). Hechos sumamente consternantes.

Resulta igualmente muy significativa la denuncia a la Policía por desaparición de 900 personas, entre mujeres y niños, durante la cuarentena. De las 5 desapariciones diarias que se denunciaban hasta el año 2019, dicha cifra aumentó a 8 denuncias por día, durante la cuarentena. Debe hacerse presente que de las mujeres, cuya desaparición se denunció el año próximo pasado, algunas fueron encontradas muertas, resultando ser los convivientes los propios autores de dichos feminicidios, tal como señalaron los diferentes medios de la prensa nacional.

La difícil situación confrontada por buen número de familias peruanas ha dado lugar al informe de la Defensoría del Pueblo sobre Acceso a la Justicia y Medidas de Protección durante el Estado de Emergencia. Recomendando, a las autoridades que intervienen en las diferentes etapas del proceso, la mayor diligencia para la atención de los casos de violencia intrafamiliar. Igualmente, el Presidente de la República, en uso de las atribuciones delegadas por el Congreso de la República para legislar en materias de la emergencia sanitaria producida por el COVID 19, dictó el Decreto Legislativo 1470 estableciendo Medidas para Garantizar la Atención y Protección de las Víctimas de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar durante la Emergencia Sanitaria.

Actuaciones *post facto* que denotan la inexistencia de políticas públicas sostenidas de protección a la institución familiar y sus integrantes, en especial los más vulnerables como son los niños y las mujeres, así como para el fortalecimiento de los núcleos familiares, con políticas destinadas a la deconstrucción de la violencia.

4. Conclusiones

Primera.- La pandemia, desatada desde los primeros meses del presente año 2020 por el agresivo y letal virus Covid 19, ha determinado que los gobiernos de los países declaren el estado de emergencia sanitaria y el

aislamiento social de la población para evitar la mayor propagación del mal, en salvaguarda de la vida, dando lugar al repliegue del ser humano a su núcleo familiar, en donde ejerce su derecho a la intimidad protegido jurídicamente a nivel internacional y nacional.

Segunda.- Mientras que los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, tanto del Sistema Universal como de los Sistemas Regionales han consagrado el Derecho a la Vida Privada Personal y Familiar, de influencia anglosajona; en los Estados que siguen la tradición continental, como España y varios países latinoamericanos, entre ellos Perú, lo han consagrado en sus Cartas Políticas como Derecho a la Intimidad Personal y Familiar. Estos derechos que no son sinónimos, pues tienen un contenido jurídico diferente, poseen un punto de encuentro, el cual es la prohibición de injerencias en la vida íntima o vida privada familiar.

Tercera.- Durante la cuarentena se han incrementado los casos de violencia intrafamiliar que afecta mayoritariamente a mujeres y niños con cifras altas de violencia física y sexual, feminicidios, tentativas de feminicidio y desapariciones, lo que pone en duda, de si la familia -institución protegida por normas internacionales y nacionales y derechos derivados como el de la intimidad o privacidad familiar- es precisamente el lugar más seguro durante la cuarentena; o, se convierte más bien, paradójicamente, en algunos casos de familias disfuncionales, en el lugar de mayor riesgo para la integridad de los más vulnerables miembros de la familia.

Cuarta.- Se hace necesario profundizar más incisivamente en el despliegue de políticas públicas concertadas entre los diferentes sectores involucrados y dirigidas a la población en general; y, en particular a los diferentes niveles educativos mediante acciones y actividades para prevenir las diferentes formas de violencia intrafamiliar; asimismo, la aplicación temprana a las familias disfuncionales de terapias personales y grupales para corregir distorsiones en la dinámica familiar y así prevenir la reiteración de situaciones de grave violencia y daños subsecuentes.

5. Referencias Bibliográficas e Informatigráficas

BEAVERS W. y HAMPSON R. (2011). Tipos de Familia. Recuperado de <http://orientafamily.blogspot.com/2011/01/tipos-de-familia-beavers-hampson.html>

- BERNALES BALLESTEROS, E. (1996). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. CIEDLA. Lima-Perú
- CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (2009), Unión Europea
- CARRERAS, A. (2014). *Recursos, Funcionalidad y Disfuncionalidad Familiar*. Escuela Vasco Navarra de Terapia Familiar. Recuperado de <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56240085/Recursos-funcion.-y-disfunc.-fam.-A.-Carreras.-2014>
- CENTRO EMERGENCIA MUJER. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables MIMP. Recuperado de www.gob.pw/mimp
- COBOS CAMPOS, A.P: (2013). “El Contenido del Derecho a la Intimidad” en *Cuestiones Constitucionales*. México, Julio/Diciembre 2013. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932013000200003&script=sci_arttext&tlng=en
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969), Organización de Estados Americanos (OEA)
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989), Organización de Naciones Unidas (ONU)
- CORTE INTERMAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, sentencia del 12 de abril de 2012. <https://corteidh.org.cr>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Atala Riffo vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012. <https://corteidh.org.cr>
- CORRAL TALCIANI, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948), Organización de Naciones Unidas (ONU)
- GAMARRA DEL CASTILLO, L.M. (1999). *El Bienestar de los Niños y Adolescentes*. Editorial Universitaria UNSA. Arequipa-Perú.
- GUTIERREZ CAMACHO, W. y MESIA RAMÍREZ, C. (1995) Compiladores. *Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales y Teoría*. Edición Oficial del Ministerio de Justicia, Lima-Perú

- MONTENEGRO G. (4 de julio de 2020) Línea 100 atendió 67,712 llamadas por abuso sexual y violencia en cuarentena. *Andina, Agencia peruana de noticias*. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-mimp-linea-100-atendio-67712-llamadas-abuso-sexual-y-violencia-cuarentena-804367.aspx>
- PACTO DE DERECHOS CIVILES y POLÍTICOS (1966), Organización de Naciones Unidas (ONU)
- PACTO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES y CULTURALES (1966), Organización de Naciones Unidas (ONU)
- PROTOCOLO DE SAN SALVADOR (1988), Organización de Estados Americanos (OEA)
- RODRIGUEZ ITURRI, R. (2018). *Instituciones de Derecho Familiar No Patrimonial Peruano*. Fondo Editorial PUCP. Lima-Perú.
- VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, tomo I*. Gaceta Jurídica, Universidad de Lima. Lima-Perú.

MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA POLÍTICA CRIMINAL DEL PERÚ

TANGIBLE MANIFESTATIONS OF THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN THE CRIMINAL POLICY OF PERU

Harold Rodrigo Huayta Vilcahuaman¹

Resumen

El objetivo del presente trabajo de investigación es demostrar la existencia de un derecho penal del enemigo en la política criminal del Perú. Para ello hemos recurrido principalmente a una metodología de estudio dogmático-descriptiva, al analizar fuentes documentales referidas a la legislación, jurisprudencia, casuística y doctrina jurídico penal de nuestro país, con el objeto de evaluar las características y describir las manifestaciones concretas de dicho fenómeno.

Los resultados de nuestro análisis dan cuenta de diversas manifestaciones concretas de un derecho penal del enemigo, tanto en el ámbito de la criminalización primaria como en el de la criminalización secundaria. Así, por ejemplo, podemos constatar las características de dicho fenómeno jurídico en la regulación de la reincidencia y la habitualidad de los delitos de sicariato, secuestro, tráfico ilícito de drogas, organización criminal, entre otros; y, además, en el abuso de las medidas de prisión preventiva o el hacinamiento penal.

Palabras clave

Derecho penal del enemigo, anticipación de la punibilidad, desproporcionalidad de las penas, reducción de garantías, política criminal, criminalización primaria y secundaria.

1 Código ORCID: 0000-0002-5377-0784. Filiación institucional: Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín. Correo electrónico: hhuayta@unsa.edu.pe

Sumario

I.-Introducción. II.-Marco teórico. III.-Resultados. III.A.-Criminalización primaria. III.B.-Criminalización secundaria. IV.-Conclusiones. V.-Referencias bibliográficas

I. Introducción

Hablar del derecho penal del enemigo es hablar de un tema indudablemente intrincado y polémico de nuestra disciplina jurídico penal. Que, si bien tuvo un apogeo en cuanto a su discusión a nivel doctrinario a inicios del siglo actual debido a los planteamientos efectuados por Günther Jakobs a finales del siglo pasado, lo cierto es que con el pasar del tiempo su relevancia en el ámbito dogmático se ha ido diluyendo.

No obstante, si verificamos la realidad de nuestro ordenamiento jurídico penal observaremos que, *contrario sensu* a lo sucedido en cuanto a su relevancia teórica, su relevancia fáctica no ha dejado de acentuarse, tal como denotaremos en los resultados de nuestra investigación.

Y, más allá de las discusiones dogmáticas sobre su legitimidad o necesidad, es claro que el derecho penal del enemigo implica un peligro para varios de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico penal, tales como el principio de proporcionalidad, de presunción de inocencia, de lesividad, de legalidad, entre otros. Por lo cual, consideramos pertinente abordar dicho problema, con la finalidad de reconocer las condiciones actuales de la política criminal de nuestro país en relación a dicho fenómeno; ya que solo así será posible buscar soluciones para esta problemática.

II. Marco teórico

Antes de revisar los resultados de nuestra investigación, haremos un breve repaso sobre los principales conceptos relacionados a este tema.

En cuanto al derecho penal del enemigo, este puede ser definido, someramente, como un tratamiento penal diferenciado, más restrictivo y agravado que el común derecho penal. Que se da contra ciertos grupos de sujetos por determinados motivos, por ejemplo, por su peligrosidad con respecto a la vigencia del ordenamiento jurídico, lo cual les merecería un tratamiento dirigido a su inocuización.

Dicho tratamiento se suele caracterizar por los siguientes aspectos:

- **Anticipación de la punibilidad:** que es la criminalización y sanción de conductas en un momento previo a la lesión de bienes jurídicos; o, dicho de otra forma, la criminalización y sanción de los que otrora fueran considerados actos preparatorios.
- **Desproporcionalidad de las penas:** que puede darse cuando las conductas sancionadas debido a un adelantamiento de la punibilidad no son correspondidas con una pena menor a pesar de no lesionar bienes jurídicos; y cuando sí se lesionan bienes jurídicos pero la pena se agrava de una forma desproporcional a dicha lesión.
- **Reducción o supresión de garantías individuales:** que pueden ser sustanciales o procesales, y que usualmente implican la vulneración de los principios que regulan el derecho penal, tales como el principio de lesividad, legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, etc.
- **Agravamiento restrictivo de reglas penitenciarias:** que se da cuando se endurecen y limitan las posibilidades de los reos para acceder a beneficios penitenciarios, por ejemplo, cuando se amplían los requisitos para la concesión de la libertad condicional.

Por otra parte, en cuanto a la política criminal, esta puede ser definida como la disciplina penal que se preocupa por la prevención y reacción del Estado frente a los delitos. En consecuencia, está referida principalmente al ámbito legislativo sobre la coerción penal (criminalización primaria). Aunque también debe considerarse que es posible apreciar una política criminal en la forma como es aplicada la legislación vigente por parte de los operadores jurídicos (criminalización secundaria).

Teniendo en cuenta estos conceptos, podemos pasar a revisar los resultados de nuestra investigación, con los cuales pretendemos denotar las manifestaciones concretas del derecho penal del enemigo en la política criminal del Perú.

III. Resultados

III.A. Criminalización primaria

a. En la reincidencia y la habitualidad

De acuerdo a los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, la reincidencia y la habitualidad constituyen circunstancias agravantes cualificadas; por cuya concurrencia se impone a los jueces la obligación de aumentar la pena hasta una mitad o un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

Esta regulación establece un marco punitivo más severo a partir de considerar la “peligrosidad” del sujeto imputado, del cual se presume su predeterminación a cometer delitos debido a su pasado criminal. De manera que, se trata de una manifestación de derecho penal del enemigo, pues vulnera el principio *ne bis in idem* al valorarse dos veces el o los delitos anteriores del imputado; vulnera el principio de presunción de inocencia dándose prioridad a una presunción de peligrosidad; y da cuenta de un derecho penal de autor, que sanciona valorando más el modo de vida del imputado que sus acciones concretas. En suma, lo que interesa con esta regulación es, primordialmente, inocuizar o eliminar el considerado “peligro social” (Alcócer Povis, 2008, pp. 247-262).

Mazuelos Coello también ha establecido una relación entre el derecho penal del enemigo y la regulación en nuestro país de la reincidencia y la habitualidad, aunque de forma más limitada, señalando que tales categorías se relacionan no con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino con la forma reiterada en que tal bien jurídico es vulnerado por el agente, al denotar una especial peligrosidad del autor para con el ordenamiento jurídico (2006, p. 276).

b. En el delito de sicariato y el de conspiración y ofrecimiento para el sicariato

En los artículos 108-C y 108-D del Código Penal se regulan los delitos de sicariato y de conspiración y ofrecimiento para el sicariato. En ambos casos se pueden notar características propias del derecho penal del enemigo, tales como el adelantamiento de la punibilidad, la supresión de garantías y la desproporcionalidad de las penas.

El artículo 108-C señala en su segundo párrafo que se impondrán las mismas penas tanto al sicario que mató por orden, encargo o acuerdo; como al sujeto que ordena, encarga o acuerda el crimen con el sicario. Una interpretación literal de tal norma podría determinar que se sancione al sujeto que ordenó, encargó o acordó el sicariato aun cuando el crimen no hubiera llegado a consumarse; lo que supondría un adelantamiento de la punibilidad, una afectación al principio de lesividad y, dado que se sanciona con la misma pena que el delito consumado cometido por el sicario (más de 25 años de pena privativa de libertad), también una lesión al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, tenemos que el artículo 108-D es un caso aún más notorio de derecho penal del enemigo. Pues se sanciona con una pena de 5 a 8 años de cárcel tanto la simple participación en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato, como la solicitud u ofrecimiento para cometer dicho delito. Estos supuestos típicos, que otrora fueran considerados actos preparatorios, ahora son sancionados como delitos de peligro o de mera actividad, para los cuales no se exige la producción de un resultado lesivo. Todo lo cual evidencia el adelantamiento de las barreras de punibilidad y la vulneración de los principios de lesividad y proporcionalidad (Aldave Sotelo, 2017, pp. 30-69).

c. En el delito de secuestro

De forma similar al caso del sicariato, una lectura literal del artículo 152 da a entender que basta con la contribución a la comisión del delito de secuestro, ya sea suministrando información o proporcionando los medios para la perpetración del delito, para que el cómplice sea sancionado con la misma pena que corresponde al autor del tipo principal, aun cuando el delito no llegase a ser consumado.

Esta regulación es propia de un derecho penal del enemigo, pues al sancionar la mera entrega de información y de medios para perpetrar el delito se estaría adelantando la barrera de punibilidad a un momento en el que no existe una lesión efectiva de bienes jurídicos. Además, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas al sancionar tales actos con la misma severidad que merece el tipo consumado de secuestro cometido por el autor, esto es, con una pena privativa de libertad que va desde los 20 años hasta la cadena perpetua.

d. En los delitos de posesión y tenencia

En el Código Penal, podemos encontrar una serie de tipos delictivos en los que basta la sola posesión o tenencia de ciertos objetos para merecer una sanción, cuya severidad es equivalente o cuasi equivalente a la sanción que merecería la utilización de dichos objetos para la lesión efectiva de bienes jurídicos. Tal es el caso de los artículos 162-A, 279 y 279-G, que sancionan con penas privativas de libertad que oscilan entre los 6 y 15 años la posesión de equipos o *softwares* destinados a la interceptación de comunicaciones; la tenencia de materiales peligrosos como bombas, artefactos explosivos, inflamables, etc.; y la tenencia ilegal de armas de fuego.

Como se puede ver, en todos los delitos mencionados existe un adelantamiento de la punibilidad a un momento anterior a la lesión efectiva del bien jurídico individual; y sin una reducción proporcional de la pena pues se priva de libertad al reo por lo menos durante 6 años, pudiendo llegar a ser 15. De tal forma que se vulneran los principios de lesividad y proporcionalidad, confirmando la existencia de una legislación propia de un derecho penal del enemigo.

e. En los delitos sexuales contra menores de edad

De acuerdo a García Cavero (2006, p. 9), la legislación penal referida a los delitos sexuales sobre menores de edad es bastante rigurosa. Como se puede verificar en el artículo 173 del Código Penal, que sanciona la interacción sexual con menores de 14 años con la cadena perpetua, sin importar si hubo o no consentimiento por parte del menor; y en el artículo 176, que sanciona los tocamientos indebidos y actos de connotación sexual con menores de 14 años con una pena privativa de libertad no menor de 9 ni mayor de 15 años.

Esta rigurosidad punitiva se ve complementada con una tipificación que es criticada por ser general, indeterminada y excesivamente amplia al referir términos y frases como “cualquier otro acto análogo”, “un objeto o parte del cuerpo”, “tocamientos indebidos”, etc. (García Cavero, 2006, p. 10) Además, contra estos delitos se agregan consecuencias sancionatorias adicionales, como lo establecido en el artículo 22 del Código Penal, según el cual los autores del delito de violación contra la libertad sexual son excluidos del beneficio de responsabilidad restringida por la edad (García

Cavero, 2006, p. 10). Todo lo cual denotaría la existencia de un derecho penal del enemigo también en este apartado de nuestra legislación.

f. En los delitos sobre el tráfico ilícito de drogas

En cuanto a los delitos referidos al tráfico ilícito de drogas, ubicados en el artículo 296 del Código Penal y siguientes, también se manifiestan ciertas características propias de un derecho penal del enemigo.

Así, existe un adelantamiento de la punibilidad cuando, en el tercer párrafo del artículo 296, se sanciona la producción, comercialización o transporte de materias primas e insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas; y cuando, en el artículo 296-A, se sancionan los actos relacionados a la siembra o cultivo de plantas como la amapola y la marihuana, así como la comercialización de sus semillas. Esto último, de acuerdo a la doctrina, significaría la criminalización de los actos de preparación de la preparación del tráfico de drogas (García Cavero, 2006, pp. 7-8).

Además, se denota la severidad de las penas instituidas, que no descienden de los 5 años de pena privativa de libertad. Y se critica su tipificación penal por ser “porosa” al incluir términos como “promover” o “favorecer”, lo que podría provocar que cualquier aporte causal al tráfico ilícito sea considerado típico (García Cavero, 2006, pp. 7-8).

Finalmente, en el ámbito de las garantías individuales materiales y procesales, se da una restricción y exclusión; ya que, ante los mencionados delitos, el Código Penal en su artículo 22 excluye el beneficio de responsabilidad restringida y el Código Procesal Penal en su artículo 264 amplía el plazo de detención policial hasta 15 días.

g. En el delito de grave perturbación a la tranquilidad pública

El artículo 315-A del Código Penal sanciona el delito de grave perturbación de la tranquilidad pública con una pena privativa de libertad de 3 a 6 años. De acuerdo al tipo penal, el agente puede perturbar la paz pública usando “cualquier medio razonable capaz de producir alarma”. Al respecto, se señala que la redacción de esta norma se encuentra en tensión con el principio de legalidad penal, ya que la expresión “cualquier medio” refleja un supuesto de hecho demasiado indeterminado. Lo que revelaría indicios de un derecho penal del enemigo (Castro Calle, 2018, pp. 96-97).

h. En los delitos de terrorismo y apología al terrorismo

La legislación penal relativa al terrorismo también presenta características propias de un derecho penal del enemigo, pues está orientada hacia la inocuización de los presuntos terroristas (García Caveró, 2006, pp. 5-6).

De esta manera, se da un adelantamiento de la punibilidad cuando se sanciona la sola pertenencia a una organización terrorista, en el artículo 5 del Decreto Ley 25475; o cuando se sanciona la apología al terrorismo, en el artículo 316 del Código Penal. Puesto que en ambos casos no se espera a la comisión de los actos terroristas que, al lesionar o poner en peligro bienes jurídicos concretos, perturben la tranquilidad pública de acuerdo al artículo 2 del decreto ley mencionado; sino que se sancionan los actos preparatorios, que no lesionan bienes jurídicos individuales concretos y no necesariamente alcanzan a causar los estragos o perturbación de la tranquilidad pública que, se supone, es protegida con la legislación anti-terrorista. Lo que conllevaría la vulneración del principio de lesividad (Almeyda Velásquez, 2015, pp. 187-188; García Caveró, 2006, pp. 5-6).

Además, existe una desproporcionalidad de la pena en atención al adelantamiento de punibilidad en el delito de filiación terrorista; que se castiga con una pena privativa de libertad no menor de 20 años, lo que significa que su marco penal mínimo es equivalente al marco penal máximo correspondiente al delito de homicidio doloso consumado (García Caveró, 2006, pp. 5-6).

También se denota un recurso a cláusulas indeterminadas que atentan contra el principio de legalidad. Pues, por ejemplo, en el delito de financiamiento al terrorismo del artículo 4-A del D.L. 25475 se hace referencia a expresiones como “cualquier medio” y “servicios conexos o de cualquier naturaleza” (García Caveró, 2006, pp. 5-6).

Finalmente, existe una restricción de ciertas garantías individuales materiales y procesales. De tal forma que los sujetos que incurren en los delitos de terrorismo o de apología al terrorismo son excluidos del beneficio de responsabilidad restringida, de acuerdo al artículo 22 del Código Penal; y el plazo de detención policial se extiende contra ellos hasta los 15 días, según señala el artículo 264 del Código Procesal Penal (García Caveró, 2006, pp. 5-6).

i. En el delito de organización criminal

En cuanto a la legislación penal sobre criminalidad organizada, se puede observar que esta presenta todas las características propias de un derecho penal del enemigo (Santa Cruz García, 2018, pp. 74-82). Como veremos a continuación.

Existe un adelantamiento de la punibilidad. Puesto que de acuerdo al artículo 317 del Código Penal basta con integrar una organización criminal para merecer una pena privativa libertad de entre 8 y 15 años, a la que se suman las sanciones de multa e inhabilitación. Esto supone una sanción severa de lo que otrora fueran considerados simplemente actos preparatorios que no acarrearán una lesión efectiva de bienes jurídicos individuales.

Además, se verifica una desproporcionalidad de las penas. Pues si el integrante de la organización criminal lo es en la calidad de líder, jefe, financista o dirigente, este merecerá una pena de entre 15 y 20 años; lo que equivale a la pena que merecería el autor de un delito consumado de homicidio doloso, solo que en el caso del miembro de la organización criminal no se requeriría para su sanción ni siquiera la más mínima lesión de algún bien jurídico individual concreto.

Asimismo, existe una reducción de derechos y garantías individuales materiales y procesales. Dado que se niega a los imputados el beneficio de responsabilidad restringida, en el artículo 22 del Código Penal; se les duplica el plazo de prescripción de la acción penal, en el artículo 80 del Código Penal; se les amplía el plazo de detención policial y judicial hasta 10 días, en los artículos 264 y 266 del Código Procesal Penal; y se les amplía el plazo de prisión preventiva y de prolongación de la prisión preventiva hasta el máximo de 36 y 12 meses respectivamente, en los artículos 272 y 274 del Código Procesal Penal. A todo lo cual se suma la vulneración del principio de lesividad debido al adelantamiento de punibilidad previamente aludido.

En cuanto al agravamiento de las reglas penitenciarias, de acuerdo a los artículos 51.1 y 55.1 del Código de Ejecución Penal en concurrencia con el artículo 24 de la Ley N°30077 sobre Crimen Organizado, se han prohibido los beneficios penitenciarios de redención de pena por trabajo o estudio, de semilibertad, y de libertad condicional para los reos de delitos de crimen organizado.

j. En el delito de marcaje

En el delito de marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal se sancionan con pena privativa de libertad los actos de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información. Lo que configura un adelantamiento de punibilidad, dado que se sancionan actos que según el “derecho penal clásico” serían actos impunes por ser solamente preparatorios y no lesivos de ningún bien jurídico individual. Por lo tanto, nos encontraríamos ante otra manifestación más del derecho penal del enemigo (Macedo Macedo, 2017, p. 68).

k. En los delitos de corrupción

En estos delitos también se pueden observar ciertos rasgos del derecho penal de enemigo. Por ejemplo, en el delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo 400 del Código Penal, por el cual se castiga al sujeto que se haga prometer algún beneficio personal aun cuando la influencia que invoque sea simulada. Lo que constituiría un adelantamiento de la punibilidad (García Cavero, 2006, pp. 10-11), dado a que en tal caso no se requiere la lesión ni la puesta en peligro real del bien jurídico “buen funcionamiento de la administración pública” para sancionar al imputado, con lo cual se vulnera el principio de lesividad.

Por otra parte, se señala que existe una reducción de ciertos derechos y garantías que pesa sobre los autores de los diferentes delitos de corrupción. Como lo establecido en el artículo 57 del Código Penal, que excluye de la posibilidad de obtener una pena suspendida a los funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos de colusión simple y agravada (artículo 384), peculado (art. 387), malversación (art. 389), cohecho pasivo específico (art. 395), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (art. 396), negociación incompatible (art. 399) y enriquecimiento ilícito (art. 401) (Santa Cruz García, 2018, pp. 83-84). A lo que se suma la prohibición de beneficios penitenciarios que el artículo 55 del Código de Ejecución Penal establece para todos los delitos mencionados sumados a los delitos de concusión (art. 382), cobro indebido (art. 383), cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393-A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), y tráfico de influencias (art. 400); además, se agrega la duplicación de plazo de prescripción establecida

en el artículo 80 del Código Penal con respecto a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado. Todo lo cual evidencia un tratamiento diferenciado, más restrictivo e inoportunizador con respecto a los autores de este grupo de delitos (García Cavero, 2006, pp. 10-11), que representaría *prima facie* una vulneración al principio de igualdad ante la ley.

III.B. Criminalización secundaria

a. Caso del policía Evert Cueva y el uso de la fuerza contra enemigos

Este caso demuestra cómo ciertos sujetos “delincuentes” son tratados como enemigos en la aplicación del ordenamiento jurídico. Al punto de no importar si se practica un uso excesivo de la fuerza contra ellos; ya que aun cuando no se presenten pruebas sólidas de que tales sujetos pongan en peligro real e inminente la vida de otras personas, a partir de una presunción de peligrosidad, se podrá legitimar incluso un ataque directo contra su vida o integridad física. Lo que conlleva, además de la lesión a los bienes jurídicos implicados, la vulneración de su derecho a un trato igualitario ante la ley.

El 22 de enero de 2019, Jean Urrutia le arrebató el celular a un policía que viajaba en un mototaxi llamado Evert Cueva. Ante esto, el policía lo persiguió, y gritándole “alto, policía” hizo disparos al aire; hasta que, pensando que el delincuente iba a responderle los disparos con un arma debido a “un ademán de que iba a sacar algo de su cintura”, decidió dispararle directamente, hiriéndolo en el brazo izquierdo. Luego de seguir con la persecución, con la ayuda de otro policía, logró atrapar a Jean Urrutia y recuperar el celular (Briceño, 2019).

Ante estos hechos el representante del Ministerio Público realizó una investigación, que culminó en julio del 2019 con una acusación fiscal contra el policía Evert Cueva por los delitos de abuso de autoridad y de lesiones graves. En dicha acusación se solicitaba siete años de pena privativa de libertad contra Evert Cueva y ocho mil soles de reparación civil en favor de Jean Urrutia. Ya que, de acuerdo a la tesis fiscal, el policía habría hecho un uso desmedido de la fuerza al emplear su arma de fuego asignada para el servicio público en una defensa particular frente al robo de sus pertenencias, extralimitando sus funciones. Teniendo en cuenta, además, que nunca se encontró ninguna arma de fuego en posesión de Jean Urrutia, que de pie

a considerar la existencia de un peligro real e inminente para la vida o integridad física del policía, y que por lo tanto justifique el uso de la fuerza letal de acuerdo a la normativa pertinente (artículo 7 Decreto Legislativo 1186) (Redacción Perú 21, 2019)^{9, 17}]], "author": [{"dropping-particle": "", "family": "Redacción Perú 21", "given": "", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "id": "ITEM-1", "issued": {"date-parts": [{"2019", "7", "10"}]}, "publisher-place": "Lima", "title": "Piden 7 años de prisión para policía que disparó contra un delincuente que le robó el celular en Chiclayo", "type": "webpage", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=c16eff1f-6485-4b94-8db4-d2604e0360c2"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(Redacción Perú 21, 2019).

El suceso se hizo público por los medios de comunicación con títulos tales como "Justicia al revés" (Briceño, 2019). Generando así gran rechazo e indignación por parte de la opinión pública hacia la posición tomada por la fiscalía. La resonancia del caso fue tal que incluso el ministro del Interior de aquel entonces, Carlos Morán, salió a dar declaraciones en favor del policía acusado y en contra de la fiscalía; para el ministro era contradictorio que el policía sea considerado presunto autor de un delito y afronte el proceso judicial mientras que el otro sujeto "goce de todas las garantías para librarse de la justicia", tal situación era "inconcebible pues no se pueden tolerar faltas de respeto a la autoridad policial y mucho menos agresiones contra los agentes del orden" (Redacción El Comercio, 2019)^{9, 17}]], "author": [{"dropping-particle": "", "family": "Redacción El Comercio", "given": "", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "id": "ITEM-1", "issued": {"date-parts": [{"2019", "7", "24"}]}, "publisher-place": "Lima", "title": "Mininter dará apoyo legal a policía procesado por herir a sujeto que le robó celular", "type": "webpage", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=e38e2fee-d586-45a6-8c0f-c763a11687f7"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(Redacción El Comercio, 2019).

Finalmente, el Poder Judicial archivó el caso al declarar fundado el pedido de sobreseimiento planteado por la defensa del policía Evert Cueva. Debido a que se consideró la existencia de una causa de justificación basada en el artículo 20 incisos 8 y 11 del Código Penal, donde se señala que está exento de responsabilidad penal aquel que obre en cumplimiento de un deber y aquel miembro de la PNP que cause lesiones en cumplimiento de

un deber². Como señala la Resolución N°5 del Exp. 5650-2019-99-1706-JR-PE-02 mediante la cual la Tercera Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirma la decisión de primera instancia: para el juez, el agraviado Jean Urrutia habría mostrado “temeridad y peligrosidad”, y al hacer un “ademán de sacar algo de su cintura” “lo más probable es colegir que tenga algún tipo de arma”, ya que “por las máximas de la experiencia quien va a cometer delitos en la mayoría de veces tiene en su poder algún tipo de arma” y “no resultaría justo que un policía por cumplir con su deber pueda exponerse a quedar herido por una intervención policial generada por un sujeto que habría cometido un delito flagrante”. Y si bien el D.L. 1186 requiere de un peligro real e inminente para el uso de armas de fuego por el personal de la PNP, en el caso se justificaría pues cuando el policía Evert Cueva vio el “ademán” de Jean Urrutia se representó “un peligro inminente contra su integridad física e incluso contra su vida”, teniendo en cuenta que se trataba de “una zona con gran incidencia delincriminal”.

Cabe notar que el caso sirvió como aliciente para que meses después, en marzo del 2020, se pudiera publicar la Ley 31012 “Ley de protección policial”; que, entre otras cosas, prohibió dictar mandatos de detención preliminar judicial y prisión preventiva para los policías que obren “en cumplimiento de su función constitucional”, y modificó el inciso 11 del artículo 20 sobre exención de responsabilidad penal para los miembros de las FFAA y la PNP.

b. Hacinamiento penal para los enemigos

En nuestro país existe un grave problema de hacinamiento penal desde hace varios años (Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico, 2014, pp. 255-257). Y, más recientemente, de acuerdo a las cifras presentadas en septiembre del 2020 por el Ministerio de Justicia mediante el Decreto Supremo N° 011-2020-JUS “Política Nacional Penitenciaria al 2030”, a marzo del 2020 la sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios alcanzaba el número de 57 356 internos³, lo que representa un índice de sobrepoblación de 243%. Debido a tal sobrepoblación, al menos

2 Al menos así señalaba el inciso 11 antes de su modificación en el 2020 por la ley 31012

3 Pues la población penal (intramuros) alcanza los 97 493 internos y la capacidad de albergue es de 40 137 internos.

49 de los 68 penales existentes en el país se encuentran en una condición de hacinamiento, lo que significa que dichos establecimientos utilizan un 143% de su capacidad.

Una de las principales causas de este problema es la existencia de una política criminal propia de un derecho penal del enemigo. Ya que el propio Ministerio de Justicia, al analizar las razones del hacinamiento, menciona los siguientes motivos:

- a) Alto uso de la prisión preventiva en casos que aún se encuentran bajo proceso de investigación. Por el cual la cantidad de personas detenidas preventivamente asciende a 35 931 internos, que representan el 37% del total de la población penitenciaria. A pesar de que tal recurso debería ser utilizado solo de manera extraordinaria.
- b) Endurecimiento de las penas y reducción de acceso a beneficios penitenciarios. Lo primero alarga la estadía de reos que anteriormente no tenían una pena de tan larga duración. Y lo segundo limita la cantidad de personas con la posibilidad de salir anticipadamente de los establecimientos penitenciarios. Ambos inconvenientes ocasionados por la tendencia hacia “prácticas de populismo penal”.
- c) Limitado uso de medidas alternativas a la privación de libertad. Tales medidas tienen un ámbito normativo muy restringido y la posibilidad de su aplicación es muy limitada.

Por ende, el endurecimiento desproporcional de las penas, la priorización de medidas de incoización como la privación de libertad por sobre otras medidas alternativas menos lesivas, el abuso y normalización de las prisiones preventivas que implican reducción de garantías y derechos, y la restricción de beneficios penitenciarios; son causas que se corresponden con las características y manifestaciones correspondientes a una política criminal propia de un derecho penal del enemigo.

Esta última afirmación es reforzada por el Tribunal Constitucional (TC) cuando, en la sentencia del 26 de mayo del 2020 que declara inconstitucional el hacinamiento EXP. N° 05436-2014-PHC, refiere que el hacinamiento penal no es un problema reciente y su causa principal en realidad son las “diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal”. Además, el TC cita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señalando que son causas del hacinamiento penal: las “políticas

represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana llamadas de «mano dura» o «tolerancia cero», y “el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal”. Al respecto, Málaga Carrillo en su estudio sobre la relación entre el discurso de seguridad ciudadana y el derecho penal del enemigo también reafirma la existencia de este último en nuestro ordenamiento jurídico penal (2012, p. 342).

Asimismo, de la mencionada sentencia del TC se puede desprender que el hacinamiento provoca, entre otras cosas, que los reos se sitúen en celdas reducidas donde se encuentran confinados, que duerman en el suelo durante largos periodos, que no cuenten con alimentación adecuada ni agua potable, ni dispongan de las condiciones higiénicas indispensables. Lo que implica un trato cruel, inhumano y degradante; además de violatorio del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos. En definitiva, el hacinamiento es contrario a la dignidad humana de los reos.

Siendo así, el hacinamiento carcelario ya no solo puede ser considerado una consecuencia que demuestra la existencia de medidas propias del derecho penal del enemigo, como explicamos anteriormente. Sino que además es en sí mismo una manifestación de tal política criminal; pues ¿cómo se podría enviar a ciertos sujetos a cárceles en las que se viola tan gravemente su dignidad sin considerarlos previamente como enemigos? Queda claro que debido a su tratamiento como enemigos es que son enviados a recintos destinados y apropiados solo para su inocuización y no para su resocialización.

c. Abuso de la medida de prisión preventiva

Otro indicador de la existencia de un derecho penal del enemigo es el uso desmesurado de la medida cautelar excepcional de prisión preventiva (Farfán Ramírez, 2021, p. 250). Que, como ya mencionamos anteriormente al referirnos a las causas del hacinamiento penal, incluso ha sido confirmado por el propio Ministerio de Justicia, al referir que en nuestro país el 37% de la población penitenciaria total se encuentran en una condición privativa de libertad por razones preventivas.

Ya hace un tiempo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió el abuso que se hacía del mandato de prisión preventiva en nuestro país y en el resto de países de Latinoamérica (CIDH, 2013).

Lo que tendría que haber provocado la disminución de su uso debido un mayor celo al momento de su imposición; sin embargo, el tiempo demostró lo contrario, y existe una amplia bibliografía que evidencia el uso desmedido (Rodríguez Castillo, 2020, p. 46) , desmesurado (Polar Herrera & Zúñiga Meléndez, 2021, p. 32) en el Derecho Procesal Penal, Arequipa, 2020", "type": "thesis", "locator": "32", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=ff1f6193-fd6e-4288-ae7a-cc184dc6aae7"]], "mendeley": {"formattedCitation": "(Polar Herrera & Zúñiga Meléndez, 2021, p. 32, irracional (Carrasco Tucto, 2019, p. 56), indiscriminado (Guarniz Tapia, 2020, p. 39), excesivo (Espinoza Aldana, Rojas Marcelo, & Cudeña Rosario, 2020, p. 137) y abusivo (Rojas Arteaga, 2021, p. 42) que aún se hace sobre la medida cautelar, supuestamente excepcional, de la prisión preventiva.

En ciertas ocasiones dicha medida es impuesta sin ponderar debidamente sus presupuestos materiales, sobre todo el peligro de fuga y el de obstaculización (Tolentino Penadillo, 2019, p. 106); sin motivar debidamente la valoración del peligro procesal y la gravedad de la pena (Rojas Arteaga, 2021, p. 42); sin una adecuada motivación del test de proporcionalidad, debido a vicios tales como una motivación aparente o incluso inexistente (Guarniz Tapia, 2020, p. 39; Rado Pineda, 2021, pp. 96-97)" type": "thesis", "locator": "96-97", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=e593da32-5efa-4186-8c0b-8d4c7465bba6"]], {"id": "ITEM-2", "itemData": {"author": [{"dropping-particle": "", "family": "Guarniz Tapia", "given": "Manuel", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "id": "ITEM-2", "issued": {"date-parts": ["2020"]}, "publisher": "Universidad César Vallejo", "title": "Principio de proporcionalidad ante la determinación de la prisión preventiva en el distrito judicial de Piura", "type": "thesis", "locator": "39", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=fa05a4d2-71ff-4c7d-a1a2-91e8dfbfa99c"]], "mendeley": {"formattedCitation": "(Guarniz Tapia, 2020, p. 39; Rado Pineda, 2021, pp. 96-97; y sin tomar en cuenta doctrinas jurisprudenciales como la Casación 626-2013 Moquegua, la Casación 631-2015 Arequipa y la Sentencia Plenaria 1-2017 (Coral Corpus, 2020, p. 29)" type": "thesis", "locator": "29", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=e373ac14-c975-4791-a32d-eff7327cb-3fd"]], "mendeley": {"formattedCitation": "(Coral Corpus, 2020, p. 29. Además, al momento de imponer dicha medida, muchos fiscales y jueces no suelen considerar que existen otras alternativas idóneas y menos gravosas para asegurar la presencia del investigado en el proceso (Polar Herrera & Zúñiga Meléndez, 2021, p. 32; Tolentino Penadillo, 2019, p. 106) en el Derecho Procesal Penal,

Arequipa, 2020", "type": "thesis", "locator": "32", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=ff1f6193-fd6e-4288-ae7a-cc184dc6aae7"]}, {"id": "ITEM-2", "itemData": {"author": {"dropping-particle": "", "family": "Tolentino Penadillo", "given": "Liliana Vanessa", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}}, "id": "ITEM-2", "issued": {"date-parts": ["2019"]}, "publisher": "Universidad de Huánuco", "title": "Desnaturalización de la Prisión Preventiva y afectación del principio de Presunción de Inocencia", "type": "thesis", "locator": "106", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=23ae127f-a9fd-412d-afb8-8cab0e5c67ed"]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(Polar Herrera & Zúñiga Meléndez, 2021, p. 32; Tolentino Penadillo, 2019, p. 106.

Todo lo cual vulnera principios y derechos fundamentales tales como el principio de presunción de inocencia (Polar Herrera & Zúñiga Meléndez, 2021, p. 32; Tolentino Penadillo, 2019, p. 106) en el Derecho Procesal Penal, Arequipa, 2020", "type": "thesis", "locator": "32", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=ff1f6193-fd6e-4288-ae7a-cc184dc6aae7"]}, {"id": "ITEM-2", "itemData": {"author": {"dropping-particle": "", "family": "Tolentino Penadillo", "given": "Liliana Vanessa", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}}, "id": "ITEM-2", "issued": {"date-parts": ["2019"]}, "publisher": "Universidad de Huánuco", "title": "Desnaturalización de la Prisión Preventiva y afectación del principio de Presunción de Inocencia", "type": "thesis", "locator": "106", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=23ae127f-a9fd-412d-afb8-8cab0e5c67ed"]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(Polar Herrera & Zúñiga Meléndez, 2021, p. 32; Tolentino Penadillo, 2019, p. 106, el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva (Espinoza Aldana et al., 2020, p. 137), el principio de proporcionalidad (Rodríguez Castillo, 2020, p. 46; Tolentino Penadillo, 2019, p. 106), el derecho a la igualdad ante la ley (Rodríguez Castillo, 2020, p. 46) y el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales (Rado Pineda, 2021, pp. 96-97)" type": "thesis", "locator": "96-97", "uris": ["http://www.mendeley.com/documents/?uuiid=e593da32-5efa-4186-8c0b-8d4c7465bba6"]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(Rado Pineda, 2021, pp. 96-97 . Lo que coincide con una de las características del derecho penal del enemigo, que es la reducción de garantías y derechos individuales sustantivos y procesales⁴.

4 Un dato interesante relacionado al tema es que el 26 de noviembre del 2019, el entonces magistrado del Tribunal Constitucional Carlos Ramos Nuñez, que daba una entrevista televisiva referida a su decisión favorable al Habeas Corpus interpuesto por Keiko Fujimori

IV. Conclusiones

De acuerdo a los resultados de nuestra investigación, podemos constatar la existencia de manifestaciones concretas de un derecho penal del enemigo que se extiende por los diversos sectores de la criminalización primaria y secundaria dentro de la política criminal del Perú.

Ya sea debido a anticipaciones de la punibilidad, desproporcionalidades de las penas, reducción y supresión de garantías individuales, o restricciones a beneficios penitenciarios; que están todas basadas en presunciones de peligrosidad y cuya finalidad no es otra más que la simple inocuización de los considerados criminales. No cabe duda de que este tratamiento penal diferenciado, más restrictivo y agravado, efectivamente existe en nuestro país. Y no es posible soslayar este aspecto de nuestra realidad jurídico penal, si lo que queremos es encontrar soluciones o alternativas para lidiar con esta problemática.

V. Referencias bibliográficas

- Alcócer Povich, E. (2008). El reincidente como «enemigo»: Aproximación al tema. *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal*, 247-262.
- Aldave Sotelo, L. T. (2017). *El Delito De Conspiración Y Ofrecimiento Para El Sicariato En El Código Penal Peruano Y Su Relación Con El Derecho Penal Del Enemigo*. Universidad Nacional «Santiago Antúnez de Mayolo».
- Almeyda Velásquez, D. (2015). *Bases para la contención del derecho penal del enemigo: Dialéctica de la interpretación y delito de afiliación a organización terrorista*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Briceño, A. (2019, julio 24). Justicia al revés: fiscal pide cárcel para policía que hirió a delincuente | CRÓNICA. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/peru/lambayeque/justicia-reves-fiscal-pi->

contra la prisión preventiva que pesaba en su contra, mencionó y consideró que “la idea que se infiltró mucho sobre el derecho penal del enemigo” había provocado de alguna forma el exceso que se cometía en las prisiones preventivas y que había sido notado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lo que da cuenta del conocimiento de los magistrados, del TC en este caso, de la existencia de un derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico y su consideración para tomar ciertas decisiones.

de-carcel-policia-hirio-delincuente-cronica-noticia-ecpm-658366-noticia/?ref=ecr

- Carrasco Tucto, K. V. (2019). *El mandato de prisión preventiva y su relación con la sobrepoblación de internos en el Centro Penitenciario de Huánuco, 2017-2018*. Universidad de Huánuco.
- Castro Calle, W. R. (2018). *La legitimación de los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo en el Perú*. Universidad Nacional «Santiago Antúnez de Mayolo».
- CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>
- Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico. (2014). Perú: donde el ser humano es un medio y no un fin (el caso de los centros penitenciarios). *Foro Jurídico*, 13, 249-262.
- Coral Corpus, K. M. (2020). *Inadecuada Argumentación Jurídica en los Requerimientos de Prisión Preventiva de Robo Agravado del Distrito Fiscal del Callao-2019*. Universidad César Vallejo.
- Espinoza Aldana, O. G., Rojas Marcelo, E. M., & Cudeña Rosario, H. J. (2020). *La prisión preventiva y el delito de hurto agravado en el Distrito Judicial Huánuco, periodo 2018-2019*. Universidad Nacional Hermilio Valdizán.
- Farfán Ramírez, F. G. (2021). Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana. *Ius Et Veritas*, 62, 230-252.
- García Cavero, P. (2006). ¿Existe y debe existir un Derecho Penal del Enemigo? En *Cuestiones generales del Derecho penal económico*. Lima.
- Guarniz Tapia, M. (2020). *Principio de proporcionalidad ante la determinación de la prisión preventiva en el distrito judicial de Piura*. Universidad César Vallejo.
- Macedo Macedo, P. M. (2017). *El delito de marcaje como manifestación del Derecho Penal del Enemigo en el Perú*. Universidad Nacional de Ancash «Santiago Antúnez de Mayolo».

- Málaga Carrillo, A. S. (2012). El enemigo y el discurso de la seguridad ciudadana. *Ius et veritas*, 44, 340-356.
- Mazuelos Coello, J. (2006). El derecho penal del enemigo: un modelo a desarmar. *Derecho y Sociedad*, 27, 273-282.
- Polar Herrera, J. M., & Zúñiga Meléndez, J. O. (2021). *Aplicación de la Prisión Preventiva y el Principio Constitucional de inocencia del investigado, en el Derecho Procesal Penal, Arequipa, 2020*. Universidad César Vallejo.
- Rado Pineda, Z. A. (2021). *¿Se motiva cualificadamente el test de proporcionalidad en las resoluciones judiciales de prisión preventiva emitidas por los jueces de investigación preparatoria de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa? Enero a diciembre del 2018*. Universidad Católica de Santa María.
- Redacción El Comercio. (2019, julio 24). Mininter dará apoyo legal a policía procesado por herir a sujeto que le robó celular. Recuperado 17 de septiembre de 2021, de <https://elcomercio.pe/peru/lambayeque/ministerio-interior-brindara-apoyo-legal-policia-procesado-herir-sujeto-le-robo-celular-noticia-nndc-658725-noticia/?ref=ecr>
- Redacción Perú 21. (2019, julio 10). Piden 7 años de prisión para policía que disparó contra un delincuente que le robó el celular en Chiclayo. Recuperado 17 de septiembre de 2021, de <https://peru21.pe/peru/lambayeque-piden-7-anos-prision-policia-disparo-delincuente-robo-celular-489590-noticia/?ref=p21r>
- Rodríguez Castillo, M. V. (2020). *Abuso del mandato de prisión preventiva en los casos de corrupción de funcionarios, Perú-2020*. Universidad César Vallejo.
- Rojas Arteaga, P. W. (2021). *Abuso de la Prisión Preventiva en la valoración del peligro procesal, delito de Robo Agravado, Distrito Judicial Lima Norte, 2020*. Universidad César Vallejo.
- Santa Cruz García, M. L. (2018). *La política criminal del enemigo aplicada en la lucha contra la criminalidad organizada*. Universidad Nacional «Pedro Ruiz Gallo».
- Tolentino Penadillo, L. V. (2019). *Desnaturalización de la Prisión Preventiva y afectación del principio de Presunción de Inocencia*. Universidad de Huánuco.

ANÁLISIS DEL DAÑO AMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: REFLEXIONES A 17 AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE - 28611

Julio F. Zevallos Yana¹

I. Resumen

El presente trabajo analiza la definición de daño ambiental que recoge la legislación ambiental peruana, así como sus implicancias para el desarrollo de la dogmática ambiental. Describe las complejidades presentes en la identificación del daño ambiental así como en el diseño a su tratamiento en la legislación peruana. Para ello analizaremos algunas características esenciales del artículo 142.2 de la Ley General del Ambiente para su análisis desde legislación ambiental y la realidad.

II. **Palabras clave:** Daño ambiental, impacto ambiental, medio ambiente, menoscabo material, riesgo ambiental.

III. Abstract

This paper analyzes the definition of environmental damage contained in Peruvian environmental legislation, as well as its implications for the development of environmental dogmatics. Describes the complexities present in the identification of environmental damage as well as in the design of its treatment in Peruvian legislation. For this, we will analyze some essential characteristics of article 142.2 of the General Law of the Environment for its analysis from environmental legislation and reality.

IV. **Keywords:** Environmental damage, environmental impact, environment, material impairment, environmental risk.

¹ Abogado por Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez – Puno, profesor de derecho ambiental y minero en la Universidad Privada San Carlos – julio.zevallos@upsc.edu.pe

V. Introducción.

Las imágenes recopiladas por medios televisivos sobre el derrame de petróleo ocurrido por una empresa del rubro de hidrocarburos, las fotografías de los diarios que muestran grandes extensiones de áreas impactadas por el crudo, diversidad de vida acuática (flora y fauna) afectada por el vertimiento, o el documental que revela la destrucción de kilómetros cuadrados de bosques naturales en nuestra selva peruana, son imágenes que relacionamos con una afectación grave a los componentes del ambiente; es decir, con la pérdida de su valor ambiental, ya sea este de forma temporal o permanente.

Sin embargo, traducir el sentido común en términos jurídicos plantea dificultades de consideración que explican por qué el concepto de daño ambiental sigue siendo uno de los de más difícil comprensión. Esto, a su vez, se refleja en las complejidades presentes tanto en el diseño y alternativas de mecanismos para entender su tratamiento. En el presente trabajo analizaremos la definición que sobre dicha materia recoge la Ley General del Ambiente, así como sus implicancias para el desarrollo ambiental peruano.

VI. Materiales y método

La metodología aplicada a la presente investigación es de carácter documental, a través de la recopilación de información de carácter bibliográfico que dio sustento a la investigación, vinculada al problema del daño ambiental en la normatividad ambiental de nuestra legislación peruana, lo que nos permitió ahondar en la pretérita conformación y evolución del concepto a fin de ahondar en un análisis de forma segmentada.

Teniendo en consideración las diversas posturas que se posee en las ciencias sociales en general en el derecho, se tuvo que realizar una distinción entre las visiones que se tiene sobre el tema, reconociendo las diferentes tesis que explican la creación y sustento del daño ambiental que se viene ocasionando en el Perú.

VII. Resultados.

a) Noción de ambiente.

Cuando nos referimos a “medio ambiente”, lo más usual que se nos viene a la mente es “todo aquello que nos rodea”; sin embargo, cuando nos preguntamos qué es “todo aquello que nos rodea” no llegamos a obtener una definición clara. Las primeras lecciones que se nos inculcaron en aulas es que el medio ambiente está compuesto por flora y fauna o en todo caso, es aquello que está rodeado de agua, tierra, aire, flora y fauna, sin dejar de mencionar al ecosistema.

Los tiempos van cambiando y por ende la legislación nacional ambiental también, dado que se intenta estar a la vanguardia de la nueva conceptualización y globalización que venimos viviendo día a día, sin

dejar de lado que las mismas concepciones que se tenían enmarcados en la legislación de antaño, las cuales hoy pueden aprovecharse para una ayuda doctrinaria. En el derecho ambiental como tal, los conceptos son cada vez más variados y seguiremos sufriendo esa metamorfosis conceptual ambiental en nuestra legislación hasta que se pueda cobrar una conciencia o mejor dicho, una “cultura ambiental”.

A partir del año de 1970 en diversos países se ha venido dando la constitucionalización del derecho al ambiente, la cual ha sido una tendencia muy firme, de los procesos de reforma constitucional (Carbonell, 2004), el nuestro no fue ajeno a ello, es así que nuestra Constitución de 1993 recoge en el artículo 2º, Inc. 22 concerniente a los derechos fundamentales de la persona, “A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

La doctrina ambiental peruana no ha sido ajena a dichos cambios, ya que si partimos desde la concepción, propiamente dicha del tema ambiental, esta se ha venido discutiendo desde hace décadas, dado que sostiene un postura acerca de la definición; sin embargo, aún no está claro qué es lo que se debería de entender por dicho concepto (Bramont, 2015, p. 581).

Diferentes definiciones son las que encontramos en la doctrina acerca del concepto “ambiente, medio ambiente o medioambiente”, pero podemos indicar que desde el punto de vista jurídico no es fácil brindar una definición única, ya que el término como tal nos lleva a un campo onmicomprensivo y hasta holístico sobre el mismo en donde cada ciencia del saber humano (antropología, biología, la ecología, ingeniería, etc.), entrará a brindar su aporte a fin de que se pueda entender su aspecto literal².

Este trabajo no pretende entrar a tallar los aspectos lingüísticos del tema; sin embargo, creemos necesario tomar en consideración algunos puntos de vista ya desarrollados a fin de establecer un adecuado marco teórico.

Si bien “medio ambiente” no son términos que tienen el mismo significado, al decir de Brañes (1987) “la palabra medio se encontraba

2 El término “ecosistema” ha sido nombrado para definir a todo sistema compuesto por organismos y por el complejo total de factores físicos que constituyen el ambiente que les rodea, término el cual fue acuñado por Tansley en el año de 1935.

contenida en la palabra ambiente, presentado una redundancia” (p. 25), desde ese punto de partida, la definición del medio ambiente, tiene lugar a una larga discusión para su comprensión, el cual puede ser entendido como aquel espacio donde confluyen elementos físicos o materiales y elemento inmateriales (Cano, 1978) para la satisfacción de las necesidades humanas.

Sin embargo, qué se debe entender por dichos “elementos”. Al respecto, existe cierta controversia en la doctrina, al tratar de limitar el concepto de medio ambiente solo a elementos del agua, aire, flora y fauna o a la protección jurídica de los recursos naturales, postura que acogen autores que mantienen una noción restrictiva del ambiente (Martín, 1991, pp. 87-89) y, por otro lado, brindarle una postura amplia al ambiente, cuya protección se debería de extender al ambiente natural, cultural y artificial entendido como un sistema, cuyos elementos interactúan entre sí (Brañes, 2010, p. 20).

Definiciones marchan dentro de la doctrina para darle un soporte mayor al concepto de medio ambiente, no entrando a tallar si se podrían considerar como macro bien y microbien ambientales (Lorenzetti, 2008) o hasta elevarlo al grado de bien jurídico protegido colectivo-macrosocial y bien jurídico jerárquicamente inferior-individual (Bustos, 1995) pero con la única finalidad de satisfacer las necesidades del hombre, de una forma recíproca, debido a que el mismo está inserto en ese medio que lo condiciona (Valls, 2016).

En ese sentido, podemos entender que el medio ambiente no solo alberga conceptos tradicionales (aire, agua, recursos naturales), sino que también involucra cuestiones inmateriales, como es el aspecto cultural y artificial, postura que ha sido recogida mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional donde manifiesta que “debe entenderse al ambiente como un sistema, como un conjunto de elementos naturales, sociales, culturales, bióticos y abióticos, que interactúan en un tiempo y espacio determinado y que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos” (STC - Exp. N° 0018-2001-AI/TC; STC - Exp. N° 0048-2004-PI/TC).

Por otro lado, la legislación más específica, también ha tomado partida a fin de dar luces acerca del concepto de medio ambiente; así, nuestra Ley General del Ambiente - 28611 (en adelante LGA), en su Art. 2° - 2.3 reza: “Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos

físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”.

A fin de contribuir con la dogmática ambiental, ensayaremos una definición de lo que se podría entender por medio ambiente. No somos ajenos de lo que pueda ocurrir años más adelante, por lo que los diversos elementos que viene creando el hombre y los diversos componentes que se vienen creando sin su intervención van guardando una relación de interdependencia, en la cual “lamentablemente” uno no podrá vivir sin la intervención del otro. Éstos componentes (aire, tierra, agua, flora fauna, patrimonio arqueológico y cultural, etc.) tratan de brindar un punto de equilibrio a fin de que el hombre, inquilino de la tierra, pueda satisfacer diferentes necesidades y no sólo aquellas que calman su alimentación o su aspecto biológico. A todo ese conjunto de componentes (objetivos y subjetivos), llamamos medio ambiente.

De seguro la definición ensayada no escapa de los ya mencionados; sin embargo, creemos que hemos dejado de lado los diversos conceptos antropocéntricos que se concebían **años atrás, y ahora** damos mayor valor a lo que nos rodea, creando conciencia en el sentido de que sin un adecuado medio ambiente no encontraremos una calidad de vida, no sólo para la población presente, sino para futuras generaciones que también tienen el derecho de conocer lo que nosotros conocemos; es decir, brindarles un espacio sostenible.

b) Daño ambiental.

Las diversas actividades del hombre sobre la faz de la tierra siempre han traído impactos tanto de carácter positivo como negativo. Cuando los impactos son positivos, a consecuencia del aprovechamiento de los componentes del medio ambiente, los beneficios suelen ser satisfactorios, pues ello cubre en alguna medida ciertas necesidades o servicios carentes en la sociedad.

Sin embargo, cuando el impacto es negativo, existe un malestar que no solo perjudica a una persona, sino que dicho impacto ocasiona un menoscabo ambiental colectivo, minimizando las oportunidades de

aprovechamiento de los recursos o en algunos casos hasta extinguiendo el recurso y, por ende, perjudicando la calidad de vida de una población. Éste impacto negativo, que en su mayor dimensión es ambiental, trae un eslabón de afectaciones económicas, sociales, culturales y políticas; en ese sentido, el daño ambiental, es consecuencia de éste último impacto.

Puede existir un daño natural y antropogénico (Wieland, 2017), que si se relaciona con lo primero, lo único que le queda al Estado es actuar para minimizar los impactos, pero si el daño es antropogénico; es decir, causado por la actividad y necesidad del hombre sobre su medio, para dichas consecuencias se deberá de buscar acciones de reparación y remediación ambiental. Recordemos que dentro del ámbito del derecho ambiental internacional, las acciones mencionadas se rigen bajo el principio de contaminador-pagador o quien contamina paga.

Según señala Delgado (2020) “algunos efectos de los daños ambientales son tan complejos que incluso las más indeseables formas de contaminación que se producen en un momento dado, pueden tener inesperados aspectos positivos en un futuro” (p. 39). Pero “el problema es que en el medio ambiente, la reconstrucción idéntica puede no ser posible. Una especie extinta no puede reemplazarse. Sin embargo, el objetivo debe ser, al menos, limpiar el medio ambiente y restaurarlo de manera que pueda cumplir con sus principales funciones” (Fonseca, 2010, p. 123).

El daño ambiental, considerado desde su lado más típico de la doctrina y la legislación, es aquella ruptura del “equilibrio ecológico”; es decir, la interferencia en los procesos naturales, por ello, no debe entenderse que el daño ambiental solo impactará en la salud y patrimonio de las personas (Fonseca, 2010) sino, la afectación es incontenible que se de en alguno de los componentes ambientales (Andaluz, 2016, p. 725) trayendo como consecuencia el deterioro de la calidad de vida.

En ese sentido, el daño ambiental es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, actual o potencial, inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes, como producto de una acción u omisión reprochables (Wieland, 2017; Franciskovic, 2012; Andaluz, 2016), pero sus consecuencias no solo van a ser percibidas por la población actual, sino que en algunos casos los impactos negativos suelen manifestarse a largo plazo; por ello, el daño ambiental es un daño distinto y peculiar al de otros tipos de daños, porque suele comprometer a las poblaciones futuras

que, desde una mirada del enfoque de desarrollo sostenible, también tienen derecho a gozar de los beneficios de los componentes del medio ambiente.

La individualización del responsable o la certeza del daño no siempre será tarea sencilla, por la dificultad intrínseca que muchas veces tiene establecer la relación entre la sustancia contaminante o el acto depredatorio, el daño y el agente, más aún cuando se trata de acciones dañosas clandestinas (Andaluz, 2016, p. 728). Somos conscientes que “prácticamente toda la producción, distribución e incluso en muchos casos el consumo de bienes y servicios es contaminante en mayor o menor medida” (Cafferra, 2004, p. 188), pero ello debe ser sometido a un control de riesgos que ayuden a identificarlos de forma preventiva para, por lo menos, minimizar los futuros impactos que puedan acaecer en una población determinada.

Finalmente, es interesante rescatar los conceptos que se manejan sobre el daño ambiental desde una mirada del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, quien mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD indica que el *daño real* “es el detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio actual y probado causado al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia del desarrollo de actividades humanas”. Mientras el *daño potencial* es “la contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio como consecuencia de los fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas”.

VIII. Discusión

VIII.1 El daño ambiental en nuestra legislación peruana.

Ley General del Ambiente incorporó en su artículo 142° una definición de daño ambiental, concepto que carecía el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1991. Dicho artículo reitera, en primer lugar, el principio general por el cual quien pudiera producir un daño ambiental debe asumir los costos que implique su prevención (principio de internalización de costos) o su mitigación. A continuación la misma LGA define:

“142.2: Se denomina daño ambiental a todo *menoscabo material* que sufre el ambiente y/o *alguno de sus componentes*, que puede ser *causado*

contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”

A continuación nos avocaremos al análisis de esta definición.

- a) **Respecto al concepto de medio ambiente y sus componentes.** En primer lugar debemos precisar a qué se alude con el término *ambiente o sus componentes*. Respecto al tema ambiente o medio ambiente, ya tratado líneas arriba; la LGA señala que el ambiente comprende “los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida”. Sin embargo, esto nos da como resultado un conjunto muy grande de elementos. Por ello, la ley 28611 precisa que dichos elementos son “los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”.

Es decir, se trata de aspectos esenciales para que la vida humana pueda desarrollarse de manera plena en relación a los diversos ecosistemas que posee el planeta, por ello es que el ambiente (y sus componentes) es considerado de carácter colectivo como un derecho fundamental y un bien jurídicamente protegido. Pero, en palabras de Lorenzo de la Puente, “la noción jurídica de daño ambiental no siempre coincide con la percepción que del daño podemos tener los ciudadanos” (de la Puente, 2014, p. 175).

En ese entender, quien genera un daño ambiental mantiene una responsabilidad, donde no solo basta la identificación de una conducta, sino adicionalmente se busca una responsabilidad ampliada en donde se exige restaurar y compensar por los daños ambientales, ya sean ecológicos, sociales o culturales, cuando se observa que estos han sido trasgredidos o deteriorados.

- b) **Menoscabo material.** En segundo lugar, podemos mencionar que el daño es equiparado a un menoscabo material del ambiente o de sus componentes que trae como resultado la disminución de su valor o importancia (Wieland, 2017). Dicha reducción debe derivarse, conforme lo indica la definición, de una alteración material. Para ilustrar el caso, imaginemos que se busca alterar el ciclo natural (previo a la intervención humana) de un río, buscando que este mantenga el mismo caudal durante el año, sin variaciones. Si el funcionamiento

de los ecosistemas se ve afectado negativamente, nos encontraremos ante un daño ambiental.

Debemos relacionar el menoscabo material a sus efectos negativos, y para ello es necesario tomar en cuenta dos aproximaciones diferentes. Una, “que podríamos llamar de carácter fuertemente científico” (Ortega & Ávila, 2015), esta se centra en el valor que tiene el ambiente para el mantenimiento de procesos ecológicos (incluyendo los que sostienen los aspectos biológicos de la vida humana) de gran dinamismo y en ocasiones de enorme fragilidad. La segunda, “liga los distintos componentes ambientales con la sociedad humana, con lo cual su mantenimiento se vincula con la esfera económica, social y cultural de las poblaciones humanas (Ortega & Ávila, 2015).

No obstante, de acuerdo con la LGA, solo si dicho menoscabo material genera efectos negativos (sean actuales o potenciales, sean materiales o intangibles) sobre otros bienes jurídicos protegidos, puede denominarse daño ambiental (Cassagne, 2005). En particular, estamos hablando de la vida y la salud humana, así como otros bienes sociales, económicos (incluyendo la propiedad), o culturales que pudieran ser afectados. De esta manera se establece una línea entre el menoscabo material ambiental tolerable del que no lo es.

En el ámbito ambiental debemos tener claro el tema del riesgo. Hoy en día vivimos en una sociedad de riesgos, en donde, constantemente, está en peligro diversos bienes jurídicos protegidos. No se trata de eliminar el riesgo o desaparecerlo por arte de magia, a lo que se aspira es a poder gestionarlo para que sea aceptable en una sociedad como la nuestra.

Al dar inicio o luz verde a los diversos proyectos extractivos, somos conscientes de que ello traerá consecuencias en el medio ambiente; es decir, estamos poniendo en riesgo los componentes del mismo; sin embargo, también se debe impulsar procesos de gestión a fin de que, si el riesgo se convierte en un peligro y por ende genera un daño ambiental, deben existir procesos de mitigación, compensación o restauración en el ámbito impactado.

Es preciso señalar que no todo riesgo puede ser considerado como un daño ambiental o algún tipo de probabilidad. Lo que se requiere para equiparar el concepto de menoscabo es tener certeza del daño a fin de que el Estado pueda entrar a tallar y evaluar el nivel de impacto de dicho daño,

pero de ninguna forma una simple probabilidad puede ser considerada como un daño ambiental.

Es importante anotar que un menoscabo ambiental, tampoco puede ser considerado un daño ambiental. Entendamos que la consecuencia del menoscabo ambiental es el impacto negativo que se puede producir en alguno de los componentes del ambiente.

A manera de ejemplificar el tema, veamos el siguiente ejemplo: el Gobierno Regional ha decidido construir un canal de irrigación, motivo por el cual se ha producido movimiento de tierras en gran magnitud. Si analizamos este pequeño ejemplo, el disturbio de tierras ya es un menoscabo material, pero para el derecho peruano no es un daño ambiental. Sin embargo, puede darse que el canal esté construido sin las normas técnicas y a consecuencia de ello el cauce se desvíe y degrade parte de la flora y fauna de una comunidad. A esto último se denominaría impacto negativo del menoscabo y por ende, existiría la certeza del daño ambiental para el derecho.

Como vemos, el menoscabo material descrito en el ejemplo, es cierto e identificado en el propio ambiente, pues no basta que solo exista una probabilidad, esta debe reflejarse en la realidad.

En consecuencia, constituyen menoscabo material con efectos negativos (y por lo tanto, daño ambiental) tanto la pérdida de determinada especie o la reducción significativa del número de individuos que la componen (que producen una pérdida en la capacidad de un ecosistema de sostenerse en el tiempo), como la alteración del paisaje, que podría no tener un efecto mayor sobre los ecosistemas, pero sí implicar una afectación negativa del valor estético que le asigna la sociedad humana. La alteración de un paisaje le resta valor en tanto el mismo cumple un papel de satisfacción estética, tanto individual como colectivo (Peña, 2016). Este último ejemplo es, por su propio origen, mucho más proclive a generar serias desavenencias sobre el valor de los componentes del ambiente, dadas las modificaciones que pueden aparecer sobre dicho juicio estético al interior de los colectivos e incluso en los propios individuos.

Las dos aproximaciones señaladas deben ser analizadas reconociendo, en primer término, los naturales límites del conocimiento humano así como las variaciones que este ha tenido, tiene y puede tener, sobre la conceptualización del daño ambiental. Por ejemplo, podemos ser ignorantes de

la producción de un menoscabo ambiental con efectos negativos, como lo fuimos por mucho tiempo con relación al daño que se estaba generando en la capa de ozono estratosférico que rodea el planeta o el fenómeno del calentamiento global. Nuestro desconocimiento sobre el número total de especies existentes en muchos lugares del planeta limita nuestra capacidad de evaluar el daño que pudiera estar produciéndose sobre los ecosistemas en general. Esta ignorancia es entendible considerando la enorme complejidad ecosistémica que posee la Tierra.

Lo mismo puede decirse de los cambios en las valoraciones humanas sobre el ambiente. No es difícil comprender los cambios históricos que pueden producirse en el valor que se asigna al ambiente por razones sociales, económicas y culturales. En un mundo globalizado, se debe agregar los desafíos de la diversidad cultural que pone en relieve las diferencias valorativas presentes a la vez.

No obstante, no debe confundirse el daño al ambiente con los daños que este puede generar sobre otros bienes jurídicos. Se trata de distinguir entre el daño al ambiente y el daño *a través* del ambiente (Lanegra, 2013). La salud, la vida o la propiedad pueden sufrir un menoscabo por un cambio en la situación del ambiente y sus componentes. De igual modo, derechos colectivos como la identidad cultural pueden ser afectados como consecuencia del daño ambiental. Estos daños se producen a través del ambiente, pero no son, propiamente, un daño al ambiente.

Parte de la doctrina hacen un reconocimiento al daño ecológico puro y el daño a la persona o a la propiedad. El primero deben entenderse como aquel daño que es causado directamente al ambiente, más allá que pueda generar impactos en la persona o a su propiedad; en cambio, el daño a la persona o a la propiedad, son consecuencias del primero (Soto, 2021).

c) Efectos negativos actuales o potenciales.

Debemos partir de la premisa que efectos negativos y menoscabo material no son sinónimos, si bien tienen cierta relación al momento de calificar el daño ambiental, uno no depende del otro, porque no todo menoscabo material es un daño ambiental, de lo explicado en el anterior apartado, el menoscabo ambiental debe ser actual y evidente (certeza).

“La sola existencia de un menoscabo material no determina que existan efectos negativos en el ambiente, ni determina la existencia de un

daño” (de la Puente, 2014, p. 177), recordemos que para determinar la calidad de un daño ambiental debe acreditarse que existen efectos negativos en el ambiente; es decir, el menoscabo material propiamente dicho, con características propias de la certeza, actual y sobre todo evidente.

De otra parte, los efectos negativos del menoscabo ambiental también pueden presentarse muy alejados física o temporalmente (o ambas cosas) de este. “Aquí también encaramos los desafíos en la definición del vínculo causal entre el daño ambiental y los efectos negativos que buscamos atribuirle” (Wieland, 2017, p. 150). Nuevamente, esta relación también está ligada íntimamente al grado de conocimiento científico de las sociedades.

También puede ocurrir que la falta de conocimiento científico no permita al sistema jurídico establecer alguna prohibición o limitación de ciertas conductas que pueden dañar el ambiente, como fue por mucho tiempo el caso de las emisiones de sustancias agotadoras de la capa de ozono. Y no debemos olvidar que, “incluso con conocimiento disponible, no siempre es viable incorporar prohibiciones y restricciones a todas las conductas que pueden generar, por sí mismas o por un efecto acumulativo, daños ambientales” (Lamadrid, 2016).

Por otro lado, la causa del daño ambiental no siempre puede ser atribuida a la acción humana. Una erupción volcánica puede lanzar, al ambiente, más contaminantes que años de producción industrial. El fenómeno natural será el agente productor del daño al ambiente, el cual tendremos que enfrentar, por más que no pueda ser atribuido a acción humana alguna.

El daño potencial al que se refiere el artículo en desarrollo, es considerado como aquel daño que se producirá en el futuro, pero los efectos o consecuencias (causa y menoscabo) se van a evidenciar en el presente. Es por ello que en el ordenamiento peruano los daños que son catalogados como eventuales o inciertos no necesariamente configuran un daño jurídicamente relevante, por lo tanto el menoscabo debe ser cierto y evidenciable.

VIII. 2 Prevención legal frente al daño ambiental.

Dado que el daño ambiental implica efectos negativos sobre la calidad de vida de las personas y de los ecosistemas que sostienen la vida, la necesidad de abordar su prevención y eventual remediación surge como un paso esencial.

Más allá de los principios históricos consagrados en la Declaración de Estocolmo de 1972 o en los principios consignados en la Declaración de Río de 1992, se debe de buscar alternativas que ayuden a la protección de medio ambiente y por ende a sus componentes, ya que estos al ser esenciales para el desarrollo de la persona, ya que el deterioro y menoscabo perjudican y por ende ponen en peligro la misma existencia del ser humano. No se trata de buscar una rama especializada para la protección del ambiente, ya que el mismo derecho estipula la diferenciación que en caso de existir cierto daño al ambiente, los caminos para su sanción pueden ser desde aspectos civiles, penales o administrativos.

Sin embargo, la cuestión que aparece de inmediato es cómo distribuir socialmente los costos que dichos objetivos originan; es decir, los diversos impactos negativos que origina en alguno de los componentes del ambiente.

No hay duda que “la identificación del daño, sus causas y sus fuentes es tan compleja que resulta difícil determinar cuáles deben ser los alcances de la reparación” (Soto, 2021, p. 171), pero no llegar a determinar que cualquier daño deba ser materia de reparación, recordemos que todo daño ambiental producirá un impacto, e incluso nos atrevemos a decir, que no todos impacto o efecto son negativos, pues ello en realidad dependerá del nivel de tolerancia que tenga los miembros de una sociedad, de lo contrario podríamos caer en un craso error de calificar cualquier impacto como daño ambiental.

Aquí se produce un típico caso de provisión de un bien público, en el sentido económico. La prevención y la remediación ambiental generan beneficios que serán compartidos por un número indefinido de personas. Sin embargo, resulta habitualmente muy difícil excluir a alguno de ellos de los beneficios que dicha acción, de ser exitosa, produce. Por lo tanto, los privados no tendrán incentivos para invertir en la prevención o en la reparación, en tanto luego no podrán controlar la distribución de los beneficios en función de una contraprestación que realicen los beneficiados. Por dicha razón, deberá establecerse algún sistema público en el cual el Estado o asigne la responsabilidad, o extraiga, mediante tributos, recursos a la sociedad en su conjunto, o al menos a parte de ella, para prevenir o remediar los daños al ambiente.

¿Quién debe asumir la responsabilidad ambiental? La Ley General del Ambiente trae consigo dos supuestos de asignación de la misma. El

primero, denominado «objetivo», deposita dicha responsabilidad en los titulares de cualquier actividad o bien que sea, en sí mismo, “ambientalmente riesgoso o peligroso” (Delgado, 2020). Por lo tanto, si estas actividades o bienes generaran daños ambientales, incluso sin mediar dolo o negligencia, sus titulares tendrán la obligación de asumir los costos de la recuperación y mitigación del ambiente afectado, así como el tomar medidas para que el daño no se vuelva a producir. Nuevamente, recordemos que nuestra legislación exige la existencia de un daño y la verificación del mismo para que se pueda exigir la reparación correspondiente. “Sin daño no cabe atribuirle responsabilidad a persona alguna” (de la Puente, 2011, p. 297).

Por otro lado, consideramos que la protección del medio ambiente no solo debe pasar por una institución jurídica aislada. El estudio del ambiente, no solo requiere de la parte normativa a fin de determinar un impacto o efecto negativo sobre los componentes del mismo. En nuestra legislación existen lineamientos legales ante posibles daños ambientales que se presentan en la sociedad, desde la reparación, el restablecimiento y la indemnización o aspectos como la compensación en términos ambientales (de la Puente, 2011) o puntos de vista para plantear un seguro ambiental ante eventuales daños que se puedan presentar en los componentes de los mismos.

No hay duda que la responsabilidad ambiental tiene características distintas a la responsabilidad administrativa, penal y civil, pues en aquella incluso entra a tallar el desarrollo sostenible que tanto se anhela para lograr una satisfacción y calidad de vida en aprovechamiento adecuado de los recursos naturales.

IX. Conclusión.

La terminología que se cuenta para la definición del medio ambiente o ambiente, ha sido superada largamente por parte de la doctrina actual, debido a que desde la concepción amplia del derecho, el ambiente no solo cobija elementos como la flora o fauna, sino que comprende componentes tanto naturales, contruidos y artificiales; es decir, aspectos objetivos y subjetivos.

Por otro lado, la definición de daño ambiental de la Ley General del Ambiente se encuentra en línea con la reciente literatura especializada en la materia. Entender los aspectos que fortalecen el artículo 142.2 de la Ley

General del Ambiente, ayudan a evitar confusiones al momento de aplicar el concepto de daño ambiental; es decir, en el diseño legal que facilite el uso de mecanismos jurisdiccionales que garanticen la reparación, o eventual compensación, del daño al ambiente.

Finalmente, no debemos olvidar que contamos con diversos mecanismos que nos ayudan a entender que el daño ambiental puede tener una tratativa penal, administrativa y civil, dependiendo de los efectos o impactos negativos que se puedan generar en los componentes del medio ambiente para el desarrollo y el logro de la calidad de vida.

Bibliografía

- Andaluz, C. (2016). *Manual de derecho ambiental* (5ta ed.). Lima: IUSTITIA.
- Bramont, L. (2015). *Manual de derecho penal - Parte Especial* (6ta ed.). Lima: San Marcos.
- Brañes, R. (1987). *Derecho Ambiental Mexicano*. México: Universo Veintiuno .
- Brañes, R. (2010). *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. México D. F.: Fondo Cultural Económica.
- Bustos, J. (1995). Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. En *Pena y Estado* (págs. 101-112). Santiago de Chile: Jurídica ConoSur Ltda.
- Cafferatta, N. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. México: Instituto Nacional de Ecología - PNUMA.
- Cano, G. (1978). *Derecho, política y administración ambiental*. Buenos Aires: De Palma.
- Carbonell, M. (2004). El derecho al medio ambiente como derecho social. *ARS IURIS*(34), 13-38.
- Cassagne, J. (2005). El daño ambiental colectivo. *IUS ET VERITAS*(30), 309-318.
- de la Puente, L. (2011). Responsabilidad por el daño ambiental puro y el código civil peruano. *THEMIS Revista De Derecho*(60), 295 - 307. Recuperado el 15 de marzo de 2021, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9070>

- de la Puente, L. (2014). La Noción Jurídica de Daño Ambiental y una peculiar Argumentación del Tribunal de Fiscalización Ambiental. *Derecho & Sociedad*(42), 169 - 178. Recuperado el 10 de febrero de 2022, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12473>
- Delgado, P. (2020). *El daño ambiental en el Perú. Análisis jurídico y propuesta de regulación en la Ley General del Ambiente*. Lima: Motivensa SRL.
- Delgado, P. (2020). *El daño ambiental en el Perú. Análisis jurídico y propuesta de regulación en la Ley General del Ambiente*. Lima: Motivensa.
- Fonseca, C. (2010). *Manual de derecho ambiental*. Arequipa: Adrus.
- Foy, P. (2011). A propósito de la - mal denominada - Constitución Ecológica. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*(1), 17-38.
- Franciskovic, M. (2012). *El medio ambiente y su tutela jurisdiccional*. Lima: Grijley.
- Lamadrid, A. (2016). *El derecho penal ambiental en el Perú*. Lima: Grijey.
- Lanegra, I. (2013). El daño ambiental en la Ley General del Ambiente. *Revista de la Facultad de Derecho*(70), 187-196.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. México: PORRÚA.
- Martín, R. (1991). *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium S. A.
- Ortega, G., & Ávila, T. (2015). El daño desde la teoría de la responsabilidad ambiental. En G. Rodríguez, & I. Vargas, *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia* (págs. 93-120). Colombia : Universidad del Rosario.
- Peña, M. (2016). *Derecho ambiental efectivo*. Puerto Rico: Programa en Posgrado en Derecho.
- Soto, R. (2021). *El daño y el seguro medioambiental en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: IUSTITIA.
- Valls, M. (2016). *Derecho ambiental* (3ra ed.). Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Wieland, P. (2017). *Introducción al derecho ambiental*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

LA LICENCIA SOCIAL MINERA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

*Alan Xavier Choque Cerpa*¹

RESUMEN

El presente trabajo tiene como principal objetivo establecer que la licencia social minera es un derecho fundamental de las comunidades campesinas y nativas, porque es una consecuencia jurídica del derecho humano a la consulta previa y participación que tienen estas comunidades, derecho consagrado en normas nacionales y supranacionales ratificadas por el Perú.

En esa dimensión formulamos la tesis de que la licencia social minera que otorguen las comunidades debe estar condicionada a la aplicación directa y obligatoria de políticas de responsabilidad social empresarial y ambiental en beneficio de dichas comunidades.

El desarrollo de nuestro análisis hace algunas precisiones acerca de: ¿Qué es la licencia social minera?; ¿Cuáles son los fundamentos fácticos, constitucionales y supranacionales de la licencia social minera?; ¿Cuáles son sus objetivos?

Tras el análisis respectivo, se ha logrado determinar que la aplicación de la licencia social minera requiere normativa y amparo constitucional para convertirse en un instrumento eficaz de gestión de los conflictos socioambientales generados por la minería, como parte de la responsabilidad social empresarial.

1 <https://orcid.org/0000-0001-9703-7237>

Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa
Docente Universitario

Maestro en Ciencias: Derecho con mención en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa

Correo institucional: achoquece@pj.gob.pe

Para tal fin, este estudio reúne las condiciones metodológicas de una investigación aplicada, documental y cualitativa, al recabar distinta información a fin de interpretarla y sustentarla, para resolver un problema jurídico.

SUMMARY

The main objective of this study is to establish that the social mining license is a fundamental right of farmer and native communities, because it is a legal consequence of the human right to prior consultation and participation that these communities have, a right enshrined in national and supranational regulations. ratified by Peru.

In this dimension, we formulate the thesis that the social mining license granted by the communities, must be conditioned on the direct and mandatory application of corporate and environmental social responsibility policies, for the benefit of these communities.

The development of our analysis makes some precisions about: What is the social mining license? What are the factual, constitutional and supranational arguments of the social mining license? What are your objectives?

After the respective analysis, it has been possible to determine that the application of the social mining license requires regulations and constitutional protection to become an effective instrument for managing socio-environmental conflicts generated by mining, as part of corporate social responsibility.

For this purpose, this study collects the methodological conditions of an applied, documentary and qualitative research, by collecting different information in order to interpret and support it, to solve this legal problem.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, licencia social minera, responsabilidad social empresarial y ambiental, comunidades campesinas y nativas.

KEYWORDS

Fundamental rights, social mining license, corporate and environmental social responsibility, farmer and native communities.

I. INTRODUCCIÓN

La licencia social minera (en adelante LSM), constituye la aprobación tácita reflejada en el conjunto de aptitudes, acciones y actividades de reconocimiento o aceptación de una actividad empresarial minera por parte de la comunidad o entorno social. Esto no es más que un gran esfuerzo en el que se conjugan tres actores: El Estado, la empresa minera y las comunidades del entorno.

Dentro de este conjunto de actores, el comportamiento de la comunidad reflejado en acciones y aptitudes de aceptación o negación a la convi-

vencia con las actividades mineras, es el que determinará la aprobación o desaprobación de la LSM.

La aprobación tácita de la LSM es el resultado de un proceso de diálogo continuo y comunicación permanente entre la empresa minera y la comunidad. No es un proceso administrativo que culmina con la expedición de algún certificado, documento u otro, ni se sustenta en el cumplimiento de normas legales, sino en el reconocimiento y aceptación de la convivencia: empresa minera-comunidad, por parte de la población, la misma que puede ser otorgada permanentemente, desaprobada en cualquier momento y muy difícil de recuperarla.

Por ello la LSM, debe ser otorgada por las comunidades en base a la consulta previa, que es un mecanismo de participación que tienen los grupos étnicos en la toma de decisiones jurídicas y administrativas, cuando se pretendan realizar proyectos, obras o actividades dentro de su territorio, buscando de esta manera, proteger su integridad cultural, social y económica, así como garantizar el derecho a la participación; pero, la consulta previa también es una herramienta para la defensa de los derechos a la integridad étnica, cultural, territorial, de participación y de autonomía, que permite avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de estos pueblos. La consulta previa hace una realidad el deber del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación peruana.

La LSM está prevista en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su artículo 1, inc. 2, donde se afirma que los pueblos son libres de determinar sus riquezas y recursos naturales sin privárseles de los medios para su subsistencia.

Es decir, la LSM, según Sonia Osay (2003) consiste en que el Estado peruano en nuestro caso, consulte de manera democrática la libre voluntad de un pueblo si debe o no aceptar una inversión minera que va a tener impacto directo en su entorno. Esto significa que antes de decidir sobre el futuro de sus recursos naturales, la población a ser afectada tendrá que ser debidamente informada y consultada.

Nuestra propuesta, es que la LSM debe otorgarse después de un proceso de consulta previa, y su implementación debe realizarse mediante políticas de responsabilidad social empresarial y ambiental (en adelante RSEA) de las empresas mineras en favor de las comunidades, y debidamente

suscritos en convenios marco de cumplimiento obligatorio para ambas partes, como se expone en la Revista del Convenio Marco de Tintaya (2008).

II. LA LICENCIA SOCIAL MINERA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Pero ¿Es la licencia social minera un derecho fundamental de las comunidades?

Nuestro análisis parte de la premisa de que la LSM es también un derecho fundamental de las comunidades, porque es una consecuencia jurídica del derecho fundamental a la consulta previa que tienen estas comunidades estipulado por el Convenio 169 de la OIT (en adelante el convenio), ratificado por el Perú en 1993, que busca preservar la supervivencia étnica, cultural, social y económica de estas comunidades.

En consecuencia, desarrollar proyectos mineros sin el otorgamiento de la LSM de las comunidades afectadas implicaría vulnerar sus derechos humanos, el Derecho internacional humanitario y los derechos económicos, sociales y culturales (DESCs). Por ello, el Estado debe propiciar que se realice el proceso de consulta y participación entre la comunidad y la empresa minera.

Al respecto, la consulta es un proceso de información y diálogo sobre un proyecto minero que se podría desarrollar en una localidad, con el fin de determinar las preocupaciones y expectativas de la población. La consulta no implica un derecho a veto de las comunidades sobre el proyecto, pero sí una consulta eficaz.

La participación es la intervención activa de la comunidad (cuando ya maneja información básica sobre el proyecto) en el procedimiento de evaluación de los documentos técnicos en materia ambiental a través de audiencias públicas y talleres, que, según la normativa vigente sobre la consulta previa, Ley N° 29785, estaría a cargo de una entidad estatal que delegue el Poder Ejecutivo.

Para que la participación de la población sea adecuada, debe recibir información oportuna sobre la secuencia del ciclo minero, sus características, los posibles riesgos y beneficios, cómo se respetarán los derechos de la comunidad, las medidas o actividades que podrían afectar directa o indirectamente la salud de las personas o la armonía del medio ambiente

y cómo se tendrá un adecuado tratamiento al uso futuro de los recursos naturales, principalmente agua y tierras superficiales.

La población tiene derecho a ser informada oportunamente sobre las actividades mineras que se podrían desarrollar en sus tierras o lugares cercanos. Así como de los beneficios que podrían brindar al país y a su comunidad. La población tiene derecho a participar en las audiencias públicas y talleres y dar a conocer sus inquietudes, opiniones o sugerencias para la evaluación ambiental. En este contexto, la población deberá participar de los beneficios que reporten dichas actividades y recibir una indemnización o compensación por los daños que podrían sufrir como resultado de esas actividades.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS, CONSTITUCIONALES Y SUPRANACIONALES DE LA LICENCIA SOCIAL MINERA.

III.1. Fundamentos fácticos

La minería en el Perú, no ha asumido su RSEA, la ausencia de políticas redistributivas eficaces de la riqueza minera generada, no ha permitido impulsar el desarrollo de las comunidades en su entorno, los cuales tienen una economía de subsistencia y viven, por tanto, en extrema pobreza y exclusión social. Esta desarticulación ha originado diversos conflictos socio-ambientales.

La minería es percibida como intrínsecamente destructiva, generando pasivos ambientales y exclusión social. Pero, también es percibida como una actividad de concentración y centralización del capital para una élite extranjera. Las comunidades corren todos los riesgos sociales y ecológicos y reciben, en el mejor de los casos, un beneficio marginal. (Véase el Boletín del Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales N° 71, junio de 2003).

Esta situación se agudiza todavía más cuando vemos que en el Perú, las concesiones mineras son otorgadas sin que las comunidades participen eficazmente en ninguna fase del procedimiento minero, conforme al Decreto Supremo N° 050-92-EM, que aprueba el TUO de la Ley General de Minería, la cual regula todo lo relativo al aprovechamiento de sustancias minerales del suelo y subsuelo del territorio nacional, por lo que desde el punto de vista de la comunidad, esta es una situación inaceptable que acrecienta su concepción anti minera.

Sin embargo, actualmente numerosas comunidades y regiones en el Perú, consideran a la minería como una oportunidad de crecimiento y desarrollo. Incluso aquellos que se oponen a la minería, lo hacen no porque rechacen a la minería en sí, sino porque tradicionalmente se han visto excluidas de los beneficios de la misma. (véase Agenda 2030: La minería como motor de desarrollo económico para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Consorcio de Investigación Económica y Social-CIES). Las comunidades están buscando retener los beneficios del ingreso social disponible generado por la minería y el instrumento principal para obtenerlo es la LSM, que aplicada apropiadamente puede crear una situación de verdadera sostenibilidad para las inversiones mineras y la generación de bienes para las comunidades del entorno, de tal manera que un puesto minero no sea un pueblo pobre y contaminado.

III.2. Fundamentos constitucionales y supranacionales

El derecho a la consulta previa y consecuentemente el derecho de las comunidades a otorgar la LSM está amparada por la Constitución, es así que el inciso 19 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado establece que: *“Toda persona tiene derecho: (...) 19.- A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.”*

Así mismo, conforme al artículo 89° de la Constitución *“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas: Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco de la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior”*.

En consecuencia, el territorio de las comunidades campesinas y nativas no es una propiedad cualquiera que puede someterse a los juegos del mercado. La tierra es un espacio vital que garantiza la continuidad social, cultural y productiva de los pueblos indígenas, de acuerdo a sus decisiones autónomas.

Por otro lado, la aprobación del convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, significó un importante avance en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Si bien en el creciente escenario del derecho internacional de derechos humanos existen normas, principios y declaraciones sobre los que se puede invocar la defensa y

protección de los pueblos indígenas, cabe destacar que el convenio es, hasta el momento, el único instrumento normativo a nivel internacional que consagra de manera singular los derechos de estos pueblos, y establece obligaciones no sólo a los Estados, sino que en la perspectiva de interpretación de los derechos humanos, estas obligaciones se hacen extensivas a toda la sociedad en su conjunto.

Asimismo, la Constitución Política del Perú, reconoce rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos que el Perú ha ratificado (véase cuarta disposición final y transitoria de la Constitución). El convenio es una norma de derechos humanos internacional ratificada por el Perú en el año de 1993 mediante Resolución Legislativa N° 26253, por tanto, tiene rango constitucional y es de cumplimiento obligatorio. (Véase Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA-TC. Fallo vinculante que obliga a la consulta previa).

Este convenio reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, respetando la identidad cultural y el derecho a la autonomía. Asimismo, el convenio reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada y el de participación, así como a la obtención de beneficios en razón de la explotación de los recursos naturales de los lugares en los que ancestralmente habitan estos pueblos.

El convenio fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, y entró en vigor el 5 de setiembre de 1991 con la ratificación de Noruega y México. Actualmente, el convenio ha sido ratificado por diecisiete países a nivel mundial, de los cuales, tres son de Europa (Noruega, Dinamarca y Países Bajos), uno de Oceanía (Fijí) y trece de América. Es relevante mencionar que, de estos trece países, nueve son de América del Sur (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Dominica, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela). El 06 de noviembre de 2006, también fue ratificado por España y el 15 de setiembre de 2008 por Chile. En consecuencia, este convenio se ha convertido en un poderoso instrumento normativo que es invocado en defensa y protección de las comunidades ante instancias locales, regionales, nacionales y supranacionales.

La consulta previa, libre e informada, es uno de los derechos fundamentales, reconocidos a los pueblos indígenas a través del convenio. Así, su artículo 6.1. establece que los gobiernos deberán: “(...) a) *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través*

de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (.)". En consecuencia, no depende de la buena voluntad de los gobiernos si se realiza la consulta o no, es una obligación y responsabilidad de los gobiernos el garantizar que se implementen dichos procesos de consulta.

Resulta evidente que los pueblos indígenas han sido permanentemente excluidos de las políticas estatales. Situaciones de marginación, pobreza y discriminación rodean a estos pueblos, a pesar que ellos son herederos milenarios de estos territorios con abundantes recursos naturales y una variada e ingente biodiversidad. Esta paradoja de pobreza y exclusión de los pueblos indígenas versus la riqueza obtenida por las empresas en actividades extractivas de recursos naturales, es un constante en el Perú, que es necesaria modificar.

Ante las demandas de los pueblos indígenas por inclusión y goce de beneficios de la riqueza que se produce, las empresas extractivas suelen argumentar que ellos cumplen pagando sus impuestos al Estado, brindando empleo y apoyando a las comunidades al cubrir algunos servicios que en realidad corresponden al gobierno. A su vez, desde el Estado se argumenta que también cumplen conforme a las normas establecidas, y distribuyen los fondos recaudados por concepto de impuesto, canon y regalías. Sin embargo, resulta necesario evaluar la forma cómo se vienen cumpliendo estas normas, a fin de considerar su utilidad en generar situaciones de injusticia, desigualdad y discriminación, que vulneran lo consagrado en el artículo 15 del convenio "*Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*".

Por otro lado, se sabe que las utilidades de las mineras han venido aumentando por el extraordinario alza de los precios internacionales de los minerales. Solo del 2005 al primer semestre del 2008, las mineras extranjeras han obtenido casi US\$ 15 000.00 millones de utilidades. Como argumenta Humberto Campadónico (2008), esto representa una buena posibilidad para el país. La pregunta es si las comunidades también reciben los beneficios de esta bonanza extraordinaria o por el contrario significa poner en riesgo la existencia de estos pueblos debido a los previsibles niveles de contaminación y exclusión social. La ciudad de la Oroya en el Perú es un caso ilustrativo y emblemático de contaminación y exclusión

social, sus habitantes están contaminados con plomo, cadmio, arsénico y bióxido de sulfuro.

Consideramos que, en el contexto de un Estado social, democrático y constitucional de derecho, el cual conforme lo ha desarrollado ampliamente el Tribunal Constitucional en la resolución N° 0048-2004-AI/TC precisamente al analizar una ley sobre la materia (Ley N° 28258-Ley de Regalías Mineras), consiste en un Estado que sin desconocer los intereses individuales, los integra a los intereses de la sociedad, bajo el entendido que la realización de los primeros no puede darse sin el concurso de los segundos, en este contexto sí es posible una situación distinta para las comunidades en la perspectiva del respeto a los derechos humanos y los derechos colectivos que tienen como pueblos. Existe amparo internacional, de los cuales el convenio resulta fundamental, pero también están todos los otros tratados en materia de derechos humanos, así como principios, declaraciones, jurisprudencia y proyectos de declaración de derechos. Tal como lo establece Iván Ormachea (2000) el Estado, las empresas y los pueblos indígenas son actores de este proceso, por lo que deberían establecerse mecanismos adecuados que permitan el diálogo y la búsqueda de consensos para cambiar esta situación.

El artículo 15.2 del convenio es sumamente claro: *“(...) los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existencias en sus tierras (...)”*. Seguidamente señala: *“(...) Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”*.

Asimismo, a nivel internacional, las pautas y estándares de tratamiento de los conflictos socioambientales vinculados a la minería han sido contemplados en las denominadas “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en agosto de 2003 (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55° periodo de sesiones “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empre-

sas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, aprobada en su 22° periodo de sesiones, el 13 de agosto de 2003).

En esa misma perspectiva en el Foro Social Mundial (FMS) de Nairobi, Kenia, desarrollado en enero de 2007, se acordó solicitar que exista Licencia Social para operaciones mineras, petroleras y forestales. Las organizaciones asistentes a este foro firmaron un documento en el cual expresan que los recursos naturales de los países pertenecen a sus ciudadanos y deben ser utilizado en el mejor interés de todos sus habitantes.

De igual manera, piden a los países del sur, en donde se encuentra el Perú, a incluir en sus marcos legales las garantías para una genuina participación de las comunidades locales en todas las etapas de los proyectos extractivos, a otorgar licencias para operaciones de las industrias extractivas solamente si cuentan con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades locales afectadas: a permitir la renegociación de los contratos que no garantizan el mejor interés de las comunidades afectadas, poner término inmediato a toda criminalización e intimidación a los defensores que abogan contra la corrupción, la violación de los derechos humanos y la destrucción ambiental relacionada con la explotación de los recursos naturales, entre otros planteamientos.

A los países “ricos” en particular se les ha conminado a honrar sus contratos con los gobiernos anfitriones, los que deben respetar las leyes nacionales así como los estándares internacionales de derechos humanos y ambientales, y contar con el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y las comunidades locales antes de iniciar sus operaciones y a respetar el derecho de las comunidades a decir “no” a los proyectos que no garantizan su mejor interés. El consentimiento libre, previo e informado debe ser una condición *sine qua nom* para la firma de cualquier contrato con los gobiernos, asegurando que sus operaciones no causen o exacerben los conflictos, donde esto suceda a suspenderlas hasta que los conflictos sean resueltos con satisfacción de todas las partes involucradas y de acuerdo con los más altos estándares nacionales e internacionales, como lo explican Joyce y Thomson (2005)

III.3. Objetivos de la Licencia Social Minera

La LSM es un instrumento que puede servir para garantizar la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades campesinas y nativas.

Complementariamente la LSM tiene como objetivos:

- a) La prevención y resolución de los conflictos socio-ambientales, pues es un instrumento que facilita la gestión social y ambiental.
- b) Garantizar los derechos humanos de las comunidades cuando se adopten decisiones respecto a la explotación de recursos naturales en sus territorios.
- c) Facilitar la implementación de políticas de RSEA, que es un mecanismo redistributivo vital y directo en favor de las comunidades.
- d) Garantizar la sostenibilidad de las inversiones mineras y ser un medio para avanzar hacia la justicia distributiva para el desarrollo.

En nuestro concepto, la licencia social o el consentimiento previo informado que otorguen las comunidades a la ejecución de proyectos mineros, debe estar condicionada a la aplicación obligatoria de políticas de RSEA, pues esta no puede ser un acto voluntario, de filantropía o altruista de las empresas mineras, sino que, este mecanismo redistributivo debe ser aplicado directa y obligatoriamente en el desarrollo de las comunidades del entorno, mediante una política normativa que propicie el diálogo y la acción concertada entre comunidades, empresas mineras y el Estado, en espacios participativos de decisión que permitan crear condiciones para una relación armoniosa orientada al desarrollo empresarial sostenible.

La RSEA de las empresas, son las acciones, decisiones y compromisos que asume la Empresa, con el objeto de integrarse en forma efectiva con su entorno, para contribuir a elevar los niveles de desarrollo social, protección del medio ambiente y respeto a los derechos humanos en un marco global de calidad y viabilidad.

En suma, la RSEA implica el compromiso de las empresas mineras en la ejecución de proyectos de desarrollo sostenible, orientados a la generación de empleo, mejoramiento de infraestructura y, como lo establece las Naciones Unidas (2003), la implementación de proyectos de inversión productiva en las comunidades en su área de influencia.

Sin embargo, la RSEA no puede ser una actitud de filantropía o altruismo de las empresas mineras, sino un componente del derecho fundamental a la licencia social minera, y como tal tiene que fungir como un mecanismo de redistribución vital, y no puede ser un mero compromiso del peticionario asumido mediante una simple declaración jurada, sino

debe ser materia de una norma de cumplimiento obligatorio, aprobado y fiscalizado por las propias comunidades.

Si bien el Decreto Supremo N° 042-2003-EM sobre el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias, regula la RSEA que deben asumir los peticionarios mineros, es una norma muy genérica y muy limitada al contar únicamente con seis artículos, y que deja al libre albedrío de los concesionarios la posibilidad de asumirla, así por ejemplo el artículo 1° de la referida norma establece que: “ (...) 4) *Lograr con las poblaciones del área de influencia de la operación minera una institucionalidad para el desarrollo local en caso se inicie la explotación del recurso, elaborando al efecto estudios y colaborando en la creación de oportunidades de desarrollo más allá de la actividad minera (...)*”, simplemente un enunciado sin mayor operatividad pragmática. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha desarrollado ampliamente este concepto con la expedición de la resolución N° 0048-2004-AI/TC sobre la Ley de las Regalías Mineras, señalando que la responsabilidad social implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general (pág. 22-26).

Esta situación se ha agudizado con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1064 que Aprueba el Régimen Jurídico para el Aprovechamiento de las Tierras de Uso Agrario, el cual deja sin efecto la obligación del titular minero de contar con un acuerdo con el propietario del terreno superficial, limitando este permiso a una simple servidumbre minera, ello concordado con el Decreto Supremo N° 020-2008-EM, actual reglamento para las actividades de exploración minera, el cual solo se limita a señalar que el titular está obligado a contar, entre otros instrumentos, y antes de iniciar sus actividades de exploración minera con el derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente. Dicha norma, a diferencia del reglamento anterior, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 038-98-EM, ya no hace referencia a la obligatoriedad de contar con el acuerdo previo con el titular del terreno superficial, lo que le resta mayores derechos a las comunidades campesinas y nativas, y agrava el conflicto.

En ese sentido, consideramos que la RSEA debe cumplirse a través de convenios marco suscritos con las comunidades y con los cuales se estaría otorgando tácitamente la LSM. En síntesis, se requieren propuestas normativas para regular las prácticas de la RSEA a partir de propuestas socialmente deseables, ambientalmente sostenibles y como condición *sine qua nom* para el otorgamiento de la LSM.

X. CONCLUSIONES

- 10.1. La licencia social minera es un derecho fundamental de las comunidades, porque es una consecuencia jurídica del derecho humano a la consulta previa y participación que tienen estas comunidades, derecho previsto en normas nacionales y supranacionales ratificadas por el Perú, y por tanto, debe ser también materia de amparo constitucional.
- 10.2. Como señala Maldonado Zambrano (2014), existen fundamentos fácticos, constitucionales y supranacionales que respaldan la aplicación de la Licencia Social Minera como un nuevo instrumento de gestión social y ambiental, que permita la prevención y resolución de los conflictos socio ambientales, garantizar los derechos humanos de las comunidades, facilitar la implementación de políticas de Responsabilidad social empresarial y ambiental, garantizar la sostenibilidad de las inversiones mineras y avanzar hacia la justicia distributiva para el desarrollo sustentable.
- 10.3. Resulta crucial la formulación de una iniciativa de ley de consulta y licencia social minera, que propicie la participación de las comunidades en materia minera y ambiental para que la referida licencia que otorguen las comunidades a las empresas mineras, esté condicionada a la aplicación directa y obligatoria de proyectos de inversión productiva en el marco de políticas de Responsabilidad social empresarial y ambiental, y se convierta en un instrumento vinculante eficaz de gestión de los conflictos socio ambientales generados por la minería.
- 10.4. La Licencia social minera se transforma en una ventaja competitiva para la empresa minera, pues las compañías con una probada capacidad y compromiso para obtener una licencia social para operar, serán en el futuro las empresas que permitan impulsar el desarrollo de las comunidades campesinas y nativas en alianza estratégica.

10.5. La Licencia social o el consentimiento previo informado que otorguen las comunidades a la ejecución de proyectos mineros, debe estar condicionada a la aplicación obligatoria de políticas de responsabilidad social empresarial y ambiental, pues esta no puede ser un acto voluntario, de filantropía o altruismo de las empresas mineras, sino que, este mecanismo redistributivo debe ser aplicado directa y obligatoriamente en el desarrollo de las comunidades del entorno, mediante una política normativa que propicie el diálogo y la acción concertada entre comunidades, empresas mineras y el Estado, en espacios participativos de decisión que permitan crear condiciones para una relación armoniosa orientada al desarrollo empresarial sostenible.

XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Sonia Osay (2003). Derecho de la Sustentabilidad y la licencia social en Minería. Ponencia en el V Encuentro de Legislación Minera. Buenos Aires.

Iván Ormachea (2000). Utilización de medios alternativos para la resolución de conflictos socio-ambientales, Quito. Ecuador. Marzo.

Maldonado Zambrano Estanislao (2014). Hacia un enfoque de justicia distributiva para el desarrollo. PUCP. Lima. Mayo.

Huberto Campadónico (2008). Vuelan las utilidades y la rentabilidad de las mineras. Recuperado de <http://www.larepublica.com.pe>.

Susan Joyce e Ian Thomson (2005). Obteniendo una Licencia Social para operar: Aceptabilidad social y desarrollo de Recursos en América Latina. Recuperado de www.oncommongraxmd.ca.

Revista Convenio Marco (2008). Tintaya, Xtrata. Espinar. Perú, pp. 07.

La minería como motor de desarrollo económico para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 8, 9, 12 y 17; Consorcio de Investigación Económica y Social-CIES. https://www.up.edu.pe/egp/Documentos/agenda_2030_la_mineria_como_motor_de_desarrollo_economico_para_el_cumplimiento_de_los_ods_89_12_y_17.pdf

LA MAGIA DE LAS REGLAS SIMPLES: LA EXPERIENCIA DE LA INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

THE MAGIC OF SIMPLE RULES: THE EXPERIENCE OF THE NON-APPLICATION OF THE STATE CONTRACTING LAW

Miguel Ángel Bolaños Rodríguez¹

Resumen

El presente artículo muestra los resultados de una entidad pública que ha inaplicado la Ley de Contrataciones de Estado - LCE y que ha utilizado una contratación con reglas simples. Una contratación veloz dio lugar a la atención oportuna de las necesidades de la entidad que se veía opacada por la tediosa LCE. Por lo tanto, la presente investigación busca desmitificar el paradigma ortodoxo de que una rígida LCE sea la mejor garantía para el desarrollo de la economía de los pueblos. Este artículo, en base a la experiencia, demuestra que existen caminos alternativos que mejoran la eficiencia de las contrataciones públicas pero en situaciones específicas donde las contrataciones fáciles son más eficientes que las contrataciones complejas.

Palabras clave

Ley de Contrataciones del Estado / Régimen especial / Régimen General / principios de las contrataciones estatales / adquisición de predios / liberación de interferencias / contratos de concesión / privatizaciones / control concurrente / teorema de Coase / Análisis Económico del Derecho.

1 Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor universitario de derecho y abogado especialista en contrataciones, ORCID 0000-0001-5317-108X, mbolanosr@autonoma.edu.pe, mbolanos@puap.edu.pe

Abstract

This article presents the results of a public entity that has not applied the State Contracting Law – SCL and that has used a simple contract. Quick hiring gave rise to timely attention to the needs of the entity that was overshadowed by the tedious SCL. Therefore, this article seeks to demystify the orthodox paradigm that a rigid SCL is the best guarantee for the development of the economy of the people. This article, based on experience, shows that there are alternative paths that improve the efficiency of public procurement but in specific situations where easy hires are more efficient than complex hires.

Keywords

State Contracting Law / special regime / general regime / principles of state contracting / acquisition of land / release of interference / concession contracts / privatizations / concurrent control / Coase theorem / Economic Analysis of Law.

Sumario

1. Introducción. 2. Los diez principios de las contrataciones del Estado. 3. Esquema del régimen de inaplicación. 4. El *background* de la AATE: resultados del régimen excepcional. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

En la mítica película *300* (Snyder, 2007) se muestra la flagelación del Helespondo («Mar de Hele»). El rey persa Jerjes I, furioso con el mar, decide castigarlo con trescientos azotes. Dado que el oleaje salvaje del mar griego le hizo perder al monarca persa decenas de barcos y muelles de madera por donde pasaría su ejército (Herodoto, pág. 860). Este soberano, creyéndose Dios en la tierra, pensaba que todos debían rendirle respeto y pleitesía, incluso los seres inanimados como el mar heleno al que sentenció como si de un súbdito se tratara.

Actualmente, no hay a quien se le ocurra condenar a latigazos al mar, sin embargo, un gran sector de la doctrina, al igual que Jerjes, tiene el deseo de controlarlo todo, como el *Gran Hermano* de George Orwell, y que todo se pueda obtener sin pagar por las consecuencias. Milton Friedman lo llamaba el «lonche gratis». Así, imaginan un país desarrollado erigido sobre leyes inflexibles de contratación pública que dominen todo con mayores beneficios que perjuicios. Todo, para ellos, es maná caído del cielo; sin embargo, esto no es así.

En el caso peruano, la realidad supera a la ficción, el costo de evitar la corrupción en las contrataciones estatales es la excesiva rigidez de la Ley

de Contrataciones del Estado – LCE, la misma que erosiona su eficiencia. Por lo tanto, el precio de tener procedimientos complejos de contratación es caro para los intereses públicos.

La principal arma para el desarrollo de los pueblos no es una minuciosa LCE, a la que no le falte nada; en la que no haya nada que negociar o discutir. Aunque para el órgano de control sea mejor este tipo de leyes para atribuir responsabilidad. Nosotros, por el contrario, pensamos que debe utilizarse el teorema de Coase y observar los costos de transacción, si son bajos o altos, para determinar cuándo la solución sea una ley y cuándo lo sea un acuerdo entre las partes.

Sirva el presente artículo para mostrar la experiencia durante estos años en una entidad pública que no aplicó la LCE. Porque querer controlarlo todo y echarle la culpa a la propia administración pública de no saber utilizar la LCE, sería como Jerjes I, castigar al mar por hundir sus barcos. El verdadero causante que no se haya superado la brecha en infraestructura pública es la excesiva rigidez de la LCE.

Por efectos de orden, hemos dividido el presente artículo en las siguientes partes: (1) en el segundo capítulo revisaremos los principios de la contratación del Estado, (2) en el tercero, narraremos el nacimiento del régimen especial, (3) en el cuarto, presentaremos los resultados del régimen especial; (4) finalmente, en el quinto, expondremos las conclusiones del presente artículo.

2. LOS DIEZ PRINCIPIOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Moisés dio a su pueblo los *Diez Mandamientos* como leyes divinas. Igualmente, la LCE establece un decálogo de principios casi divinos que rigen toda contratación pública. Su finalidad es doble. Primero, guían la producción de normas de contratación estatal. Segundo, llenan vacíos o lagunas legales en materia de contrataciones del Estado. En este contexto, es importante repasar tales principios.

a.1. Libertad de concurrencia: no impondrás barreras al mercado

La libre concurrencia es un derecho económico de origen constitucional dado que la iniciativa privada es libre. En este contexto, el Estado facilita y vigila la libre competencia. Por lo tanto, el Estado está obligado consti-

tucionalmente a contratar en el marco de la libre competencia y permitir el ingreso al proceso de contratación a todos los proveedores o prestadores de servicios posible (artículos 28 y 61 de la Constitución Política del Perú, en adelante, «Constitución»).

Como la administración pública debe promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación, entonces el Estado, al momento de contratar, está obligado a no imponer barreras burocráticas ni permitir medidas anticompetitivas ni actos de competencia desleal. Más adelante veremos las medidas anticompetitivas y la competencia desleal. Por ahora, abordaremos las barreras burocráticas (Olaechea, 1988).

Las barreras burocráticas pueden ser legales o ilegales. Estas últimas están prohibidas. También están prohibidas las barreras burocráticas legales e irrazonables como exigir formalidades innecesarias no contempladas en la ley. En cambio, solo están permitidas las barreras burocráticas legales y razonables como la presentación de licencias, autorizaciones u otros permisos para ser postor.

a.2. Igualdad de trato: no tendrás «favoritos»

Por su parte, la igualdad de trato se basa en el derecho constitucional a la no discriminación. Los postores deben gozar del mismo trato. La igualdad de trato significa que ninguno de los postores tenga una ventaja indebida dentro del proceso de contratación. Sin embargo, existen diferentes maneras de discriminación: positiva, negativa, directa e indirecta.

Es discriminación positiva cuando se otorga algún beneficio con la finalidad de generar igualdad. Existe discriminación negativa cuando se concede ventajas para generar desigualdad por ser pariente de un jefe o directivo. Por otro lado, la discriminación directa es cuando se expresa de manera elocuente que está prohibido que los familiares cercanos no puedan postular. Pero es indirecto cuando se establecen condiciones desmesuradas que deban ser cumplidas (Huerta Guerrero, 2005).

a.3. Transparencia: no jugarás con la desinformación

El principio de transparencia obliga a la entidad a brindar información relevante, clara y coherente. De manera tal que disminuya la asimetría de información de los proveedores. La transparencia es importante porque

genera un equilibrio de la información entre el oferente y el demandante con lo cual se mejora la contratación pública para llegar a la eficiencia.

La transparencia elimina posibles actos de corrupción al controlar el proceso de selección no solo por el órgano de control institucional de la entidad sino también por los mismos postores. Ciertamente, en toda toma de decisiones existen elementos que son evaluados por parte de los postores. Por lo tanto, mejorarán las contrataciones por cuanto con información relevante se tomarán decisiones racionales (Revilla Vergara, 2011).

Doctrinalmente, existen tres clases de personas respecto al riesgo: las adictas, las adversas y las neutrales. Los individuos adictos al riesgo disfrutan de negocios azarosos como loterías o juegos de azar. En cambio, los sujetos neutrales al riesgo emprenden negocios e invierten en la bolsa. Por otro lado, la mayoría de las personas son adversas al riesgo y disfrutan de la seguridad o del mínimo riesgo (Cooter & Ulen, 2016, pág. 25).

Por consiguiente, la existencia de incertidumbre eleva el precio porque lleva a las personas a tomar decisiones racionales para ellas, pero irracionales para el grupo. Si alguien grita «vacancia presidencia», sin motivo alguno, inmediatamente la gente compra dólares y su precio sube. Sin embargo, el aumento de los niveles de información reduce, a la par, tanto los costos de información como los niveles de aversión al riesgo. Lo cual mejora la toma de decisiones. Por eso baja el precio del dólar.

Finalmente, al favorecer la transparencia se disminuye ostensiblemente los costos de información que forman parte de los costos de transacción. De esta manera, al reducirse los costos de transacción se mejora la eficiencia de las contrataciones. En esta medida se reduce el riesgo y genera mayor participación de postores, aumenta la competencia y mejoran las posibilidades de la entidad de contar el bien o servicio que requiere. De manera que la contratación tiende a la eficiencia.

a.4. Publicidad: no harás compras secretas

Aunado al criterio de transparencia se encuentra la publicidad porque supone difundir al público la información clara, necesaria y coherente. Además, la publicidad requiere que la información sea entendible y dirigida al público objetivo. De nada sirve una información si no se publica o si esta no es entendible o si se dirige a un público no objetivo. Al igual que

la publicidad comercial, la publicación de las contrataciones debe dirigirse al público objetivo por cuanto es quien puede consumir la información.

Las contrataciones estatales son públicas. La publicidad es como la luz que impide que los procesos se corrompan con arreglos bajo la mesa o por ventajas indebidas de algunos postores que rompen el equilibrio de mercado. Adicionalmente, la difusión del proceso de contratación y de las condiciones necesarias permitirá que exista competencia (Morón Urbina & Aguilera, 2019, pág. 78).

a.5. Competencia: no controlarás el mercado

El principio de competencia vincula las contrataciones estatales al mercado donde el Estado se comporta como un particular más que desea adquirir bienes o servicios. Si se piensa al revés, que el Estado guía al mercado, caemos en el riesgo de querer controlar algo que no está a nuestro alcance como el rey persa Jerjes I que castigó con trecientos latigazos al mar griego.

La importancia de la competencia es trascendental para fijar el precio de mercado. El precio refleja la cantidad de oferta y demanda. El principio de competencia obliga a toda entidad pública a no adoptar conductas anticompetitivas. Al contrario, debe fomentarla y ampliar los postores. En ocasiones, las entidades para evitar tener una gran cantidad de postores restringen la competencia al mínimo para que se presenten solo dos o tres. Esa práctica estaría contra el principio de competencia (Becker, 2002).

Como hemos visto, corresponde revisar las medidas anticompetitivas y la competencia desleal. Ambas situaciones nos alejan de la eficiencia por cuanto la competencia entre los diferentes postores no resultará idónea. De manera que, en estas circunstancias, el mercado por sí mismo no podrá determinar libremente el precio del producto o del servicio.

Las prácticas colusorias consisten en fijar unilateralmente los precios u otras condiciones. Ello se realiza cuando la entidad deja que un privado determine el monto de la contratación o establezca los requisitos de los términos de referencia o de las especificaciones técnicas. De manera que este privado creará términos de referencia como un Dios a su creación, a imagen y semejanza.

En el reparto del mercado los productores lo dividen geográficamente. En el ámbito de la contratación pública sucede cuando una entidad pública

decide proveerse de una sola fuente. Por otro lado, afectan la competencia cuando se efectúan prestaciones suplementarias que, por su naturaleza, no guarden relación con el objeto de los contratos. Como las invitaciones de los contratistas a almorzar por cuanto estas prestaciones no guardan relación con el objeto de sus contratos.

El abuso de posición de dominio por parte del Estado para establecer el precio. Como cuando no existe la misma contraprestación para profesionales similares dentro de la misma institución pública. Estas situaciones no son propias de una libre competencia. En efecto, cuando el precio para los mismos profesionales varía dentro de una misma institución significa que existe un abuso de la posición de dominio por parte de la entidad.

a.6. Eficacia y eficiencia: no malgastarás recursos públicos

Estos principios permitirán acercarnos a una contratación oportuna que no malgaste recursos públicos. No obstante, eficacia y eficiencia no tienen el mismo significado. La eficacia busca lograr el resultado en el menor tiempo posible. En cambio, la eficiencia busca obtener más con menos, *i. e.* busca aprovechar al máximo los recursos con los que se cuenta para maximizar el logro de los objetivos planteados. En este contexto, la eficiencia se clasifica en tres: industrial, Pareto y Kaldor-Hicks.

La eficiencia industrial implica lograr la mayor cantidad de productos posible utilizando todas las materias primas. Por lo tanto, será eficiente que con los recursos escasos se adquieran la mayor cantidad de bienes. Por otro lado, la eficiencia Pareto se percibe como una situación tal que no se pueda beneficiar a alguien más sin perjudicar a alguien más. Lograr esa situación se denomina «Óptimo de Pareto» (Cooter & Ulen, 2016, pág. 32).

Finalmente, la eficiencia Kaldor-Hicks se obtiene de realizar una comparación entre la sumatoria de los beneficios de los que ganan frente a la suma de los perjuicios de los que pierden. De esta manera, una decisión será eficiente cuando los beneficios totales superen los daños totales. De esta manera, si la entidad invierte cien y el beneficio es de quinientos entonces dicha inversión será eficiente (Cooter & Ulen, 2016, pág. 32).

a.7. Vigencia tecnológica: no sufrirás de «neofilia»

Adquirir equipos tecnológicos de «última generación» es costoso porque envejecen rápidamente. «Neofilia» es una nueva palabra que se refiere a

la «obsesión por las novedades tecnológicas». La experiencia demostró la importancia de este principio. Este año son modernos pero al año siguiente están desactualizados. Por lo que comprar en estas situaciones se volverá contrario a la eficiencia y a la eficacia.

Al respecto, la eficiencia reclama que se adquieran bienes tecnológicamente duraderos. Por lo tanto, la vigencia tecnológica busca evitar las adquisiciones obsoletas o que se vuelvan vetustas prontamente, como comprar disquetes o impresoras que no tengan repuestos. Por otro lado, la eficacia propugna la compra de computadoras no solo para reemplazar a máquinas de escribir, sino para aprovecharlas con programas de conversión a documento electrónico (como «PDF») y firmas digitales.

a.8. Sostenibilidad ambiental y social: serás «eco-friendly»

La contratación pública debe ser «eco-amigable» y contribuir a tres objetivos: a la conservación del ambiente, al desarrollo humano y al progreso social. De esta manera, debe planificarse una serie de productos que deben preferirse dentro de una compra estatal. Motivo por el cual este principio implica realizar un trato diferenciado de los postores. Sin embargo, esta diferenciación sería una discriminación positiva por cuanto permite lograr fines socialmente deseables y justificables.

La conservación del medio no sólo es contratar bienes que cuenten con certificados ambientales sino cambiar paradigmas como los del papel. El Estado consume toneladas de papel y tóner por lo que es necesario el vuelco hacia un sistema de digitalización de documentos que satisfaga igualmente esta necesidad pública. La pandemia ha enseñado algo que se sabía de refilón: una administración pública puede funcionar sin papel y sin tóner.

El desarrollo humano inclina las preferencias a la diversificación de las empresas al momento de contratar. De manera que no sea una sola empresa la beneficiaria. Darle, verbigracia, mayores incentivos a los pequeños y medianos empresarios. Aunque existe un problema, el Estado puede ser eficiente al momento de contratar con grandes empresas, debido a economías de escala que permiten a las grandes empresas ofrecer un precio menor. En cambio, este beneficio no se encontrará en pequeñas y medianas empresas.

Los certificados de calidad ISO (por sus siglas en inglés *International Standardization Organization* u Organización Internacional de Normalización) ayudan al progreso social. Estas normas otorgan un apoyo científico para la reglamentación estatal. Porque gracias al ISO la sostenibilidad ambiental y social es una barrera burocrática legal y razonable aunque restrinja la competencia, afecte la igualdad de trato y la libre competencia.

a.9. Equidad: no inclinarás la balanza

La equidad y la justicia vienen de la mano. En una relación jurídica sinálgmática, la equidad es la simétrica proporcionalidad entre las prestaciones, derechos y obligaciones de cada una de las partes. Asimismo, en el derecho civil, para contratar, existe un equilibrio entre los poderes de las partes. De este modo, si el Estado actúa como privado y contrata a otro privado, la equidad exige que entre ellos haya equilibrio de negociación.

Este principio de equidad permite al Estado pagar situaciones no contempladas en el Contrato. Ante un hecho sobreviniente, como por ejemplo la pandemia, el Contratista debe cumplir con planes contra la covid-19, estos montos durante un periodo de la pandemia eran importantes. La prestación se volvía onerosa. Al inclinarse la balanza de la equidad por un hecho no derivado de la acción de alguna de las partes, la justicia reclama el pago de dichos costos nuevos.

Sin embargo, en este contrato estatal, la doctrina administrativa otorga más facultades al Estado para la «gestión del interés general». Esto inclina, injustamente, la balanza hacia un lado. Nos encontramos, en esta situación, con normas de Derecho Administrativo. Por ende, la contratación estatal es impropriamente una relación equitativa. Pero no es porque así sea sino porque hay normas que así lo establecen.

a.10. Integridad: no llevarás agua para tu molino

Existe un dicho muy usado: «cada quien quiere llevar agua para su molino y dejar en seco el de su vecino». Esta antigua frase se utilizaba cuando, en épocas de sequía, los molineros buscaban agua para que su molino funcionase sin importarles que esa agua se pierda. El molino funcionaba con la fuerza del agua, por lo que luego no se utilizaba por ningún agricultor. De esta manera, al otro año el grano de los campos no crecía y el molino no tenía nada qué moler.

Al final del decálogo de principios señalados en la introducción de la LCE se encuentra el principio de integridad que es la corrección entre los hechos y las palabras. En este sentido, el principio de integridad se dirige a los agentes encargados de la contratación pública. De manera que se pide a los participantes una conducta honesta y veraz durante todo proceso de contratación que pueda denunciar toda práctica indebida de la que tengan conocimiento.

La integridad es una plegaria dirigida a las personas que participan en la contratación pública para que resguarden los intereses generales antes que sus apetitos personales. En general, ser responsables por el manejo malintencionado en su propio provecho de los recursos públicos. Este principio de integridad debería contrarrestar la corrupción dentro de las instituciones públicas (Chanjan Documet, 2020).

3. ESQUEMA DEL RÉGIMEN DE INAPLICACIÓN

En este contexto, podemos observar que, en realidad, la razón principal para que existan las normas de contratación estatal es desalentar los niveles de corrupción que pueda existir en materia de contratación estatal. Por lo tanto, puede existir una contratación estatal que siendo flexible pueda respetar estos principios y permita acercarnos a la eficiencia y que sea más eficaz que la LCE.

El presente estudio se llevó a cabo en lo que fue la extinta Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – AATE. Administradora de la Línea 2 del Metro de Lima y Callao (en adelante, «Línea 2») como órgano técnico y proyecto especial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, por lo que, entre sus funciones, se encargaba de adquirir los predios que formaban las áreas de la concesión así como liberar interferencias (Contrato de Concesión Línea 2, 2014).

En el 2019, AATE aplicó un régimen de contratación que estaba libre de aplicar la LCE (en lo sucesivo, «régimen de inaplicación», «régimen excepcional» o «régimen especial»). Ello permitió al Estado cumplir con la adquisición de predios y liberación de interferencias dentro de plazos reducidos. Esta experiencia, desde nuestro punto vista, puede generar un gran avance en materia de contrataciones públicas y en disminución de brechas de infraestructura pública.

En efecto, nuestro país tiene una brecha de infraestructura enorme. En el año 2021 sólo se desarrolló el 3.3% de los proyectos de infraestructura. En el Perú es más fácil levantar un monumento a la papa que realizar un proyecto de infraestructura de pistas y veredas. Los megaproyectos de infraestructura generan tensiones entre todos los niveles de gobierno (nacional, regional o local) y entre todos los sectores del Poder Ejecutivo (cultura, trabajo, vivienda, educación, economía, entre otros).

a.1. Los contratos de concesión: el inicio de la odisea

En el poema épico *La Odisea* de Homero, Ulises, el héroe, demoró veinte años en retornar a su reino junto a su esposa Penélope y a su hijo Telémaco. Diez años en la guerra de Troya y otros diez de vuelta a casa. En cambio, la odisea de las privatizaciones en el Perú cumple treinta años desde 1992 (Ezcurra & Chang, 2005). El presente trabajo no estudia estos treinta años sino solo un año en específico: 2019

Conforme al artículo 58 de la Constitución, el Estado actúa principalmente en las siguientes áreas: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura pública. Como hemos visto, nuestro país adolece de una enorme brecha en infraestructura. Ante ello se aprobó el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad – PNIC que otorga una serie de beneficios para desarrollar los proyectos de infraestructura (Decreto Supremo N° 238-2019-EF).

Dentro de la teoría del *public choice*, la privatización es una forma para obtener infraestructura pública por cuanto se la encarga a un privado. De esta manera, la privatización tiene la finalidad de maximizar el presupuesto público. Las concesiones son una forma de las privatizaciones por medio del cual un particular ejecuta una obra de infraestructura pública y presta un servicio público como retribución (Santiago Tawil, 2009; Fischel, 2004).

Los contratos de concesión tienen fases para su puesta en marcha. En primer lugar la adquisición de predios (en adelante, «adquisición»). En segundo, liberación de interferencias (en lo sucesivo, «liberación»). Tercero, entrega de las áreas. Cuarto, ejecución de obras. Quinto, implementación de maquinarias. Sexto, inicio de operaciones y supervisión. Los huesos duros de roer, en nuestra realidad jurídica, son las dos primeras etapas: adquisición y liberación (Aguirre Montoya, 2012).

En este contexto, como infraestructura pública Línea 2 es un mega-proyecto que consiste en 35 Km de túneles y será el primer tren subterráneo del Perú. Con trenes eléctricos autónomos cruzará diez distritos Lima de este a oeste. Según el Contrato de Concesión de Línea 2, el Estado peruano entregaba las áreas de la concesión libres de toda carga. En otras palabras, adquiridas y liberadas (Nalvarte Salvatierra, 2017).

a.2. Necesidades para la adquisición y liberación

La Línea 1 del Metro de Lima fue inaugurada en el 2011 mientras que la AATE fue creada en 1986. Es decir, la inauguración fue en sus bodas de plata. Asimismo, desde el 2014 hasta la actualidad, Línea 2 lleva ocho años y aún no inicia operaciones. Se pudiera pensar que la AATE haya podido estar como la esposa de Ulises, tejiendo por las mañanas y destejiendo por las noches, con la finalidad de demorar el inicio de operaciones. A continuación veremos que ello no fue así.

Como señalamos anteriormente, los procedimientos de adquisición y la liberación son dos etapas complicadas que fueron encargadas a la AATE. Estos procedimientos están legalmente establecidos. El primero de los cuales se parece a *Halloween*, cuando los niños tocan la puerta y entusiasmados gritan «dulce o truco» (*trick-or-treat*, en inglés resulta más certero: «truco o trato») (Decreto Legislativo N° 1192).

En efecto, son dos formas de adquisición: trato directo (*trick*) o expropiación (*treat*). En este contexto, el Estado toca la puerta de las casas afectadas por Línea 2 («carta de afectación») y anuncia su trato directo con 20% de incentivo o su truco sin ningún aliciente. Mientras el dueño lo piensa, el Estado elabora la tasación, valoriza el predio y cuantifica los daños (lucro cesante y daño emergente). Al final, vuelve a tocar la puerta («carta de intención») y pide respuesta, o trato o truco (Decreto Legislativo N° 1192).

El área de la concesión puede tener redes de servicios públicos como telefonía, saneamiento, gas, electricidad, entre otros. Estas redes interfieren la ejecución de la obra. Por lo tanto, deben retirarse y reubicarse. La regla es que, financiado por AATE, el propietario las reubique. Asimismo, la norma señala que si el titular de las redes no retira sus interferencias, AATE lo quitará. En ese caso, AATE será tanto financista como ejecutor de la obra (Decreto Legislativo N° 1192).

En la primera solución, se firma un convenio con la «empresa prestadora de servicios públicos» (EPSP) que usualmente es privada. En este caso, AATE paga para que la EPSP libere el área de la concesión. Por lo que la EPSP, a través de su contratista, reubicará sus redes. Dicha EPSP coloca su propio supervisor de obra, ellos mismos deciden si la obra es conforme o no, porque la obra es para ellos, no es para AATE (Huapaya Tapia & Sánchez Povich, 2016).

En la segunda solución, en Lima y Callao la única EPSP pública es SEDAPAL. Es un monopolio natural. En el 2014, SEDAPAL había señalado que debido a la magnitud de Línea 2, no contaba con los recursos necesarios (personal administrativo y técnico, financiamiento, contratistas, entre otros) que permita cambiar la ruta de las redes de agua potable y de alcantarillado. Por ello, AATE fue financista y ejecutor de las liberaciones; SEDAPAL, supervisor de las mismas (Decreto de Urgencia N° 18-2019).

De esta manera, para la adquisición de predios y liberación de interferencias AATE necesitaba contratar peritos que realicen tasaciones, especialistas que elaboren expedientes de afectación predial y expedientes técnicos de liberación de interferencias así como constructores especializados en reubicación de redes de saneamiento (agua potable y alcantarillado) (Pasquel Rodríguez, 2004).

a.3. Aplicación de la LCE: la caja de Pandora

Según la mitología griega, Zeus había creado a los hombres, pero les negó el fuego. Sin embargo, el titán Prometeo les dio el fuego divino robado de los dioses. Temeroso de la venganza de los dueños del Olimpo, le dijo a su hermano que no acepte ningún regalo. Sin embargo, él aceptó dos regalos: una hermosa mujer hecha de arcilla de nombre Pandora y un ánfora sellada. Su hermano le pidió a Pandora que cuidara la jarra cerrada. Presa de la curiosidad, Pandora abrió la urna y se repartieron los males por el mundo.

En este contexto, AATE, a diferencia de Pandora, tenía conocimiento que abrir los procesos de contratación de la LCE para contratar los servicios y las obras necesarias para la adquisición de predios y la liberación de interferencias sería como repartir los males en Línea 2. El escenario no era propicio para intentar apurar los procesos lentos y rígidos de la LCE. Se debía de buscar una alternativa pronto.

La instalación de redes de agua potable de grandes dimensiones de 1.80 m de diámetro llegaba a costar varios millones de Soles. Por la cuantía, mayor a S/1,8 millones de Soles, correspondía un proceso de licitación pública. En promedio, sólo el proceso de contratación demoraría ocho meses. Por otra parte, las tuberías no se fabricaban en el mercado peruano. Únicamente existían dos proveedores, uno chino y otro francés. Debían mandarse a fabricar al extranjero. Por lo que el tiempo de llegada sería de tres meses, como mínimo.

Por otro lado, ante los problemas que pudieran aparecer, se necesitarían suscribir sendas adendas que creen, suspendan, modifiquen o extingan obligaciones contractuales. Lo que conforme a la LCE implicaría una serie de pasos que serían largos y costosos en términos de tiempo y de dinero. Paralizaciones de obra, reconocimiento de gastos generales, entre otros. Entonces, aplicar la LCE era inviable para AATE.

a.4. Acuerdos de Encargo: entre Escila y Caribdis

En *La Odisea*, Ulises tenía que superar dos monstruos marinos: Escila y Caribdis. Estos monstruos se ubicaban a ambos lados de un estrecho canal. El peligro era que al alejarse de uno se acercaba al otro. Caribdis succionaba los barcos mediante un temible remolino que los destrozaba, mientras que Escila era un monstruo de seis cabezas con cuellos largos que devoraban personas.

Según la epopeya, Ulises minimizó los daños, por cuanto las embarcaciones al tratar de evitar a Escila caían en el remolino de Caribdis y se destrozaban. Pero si pasaba por Escila perdía seis navegantes que era un costo menor a perder a toda la tripulación. En el mismo sentido, AATE se encontraba entre Escila y Caribdis. Ante la utilización de la LCE y encargarle la liberación al Concesionario. Igual que Ulises, AATE minimizó los daños.

Mediante la suscripción de la adenda 1 al contrato de concesión se abrió la posibilidad de celebrar «acuerdos de encargo» con el concesionario. Por medio de estos «acuerdos de encargo» el concedente encarga al concesionario la ejecución de la liberación de interferencias como una alternativa ante la inoperatividad de las normas generales de contratación estatal reguladas en la LCE (Adenda N° 1 del Contrato de Concesión, 2014).

La finalidad de un «acuerdo de encargo» era cumplir con el principio de asignación adecuada de riesgos dispuesta por el artículo 4 del

decreto legislativo que dispone: «En los proyectos de Asociación Público Privada se efectúa una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de manera que sean asignados a aquella parte con mayor capacidad para administrarlos, considerando el perfil de riesgos del proyecto» (Decreto Legislativo N° 1362, 2018).

En tal sentido, el concesionario podría asumir esta obligación a menor costo, en tanto y en cuanto, AATE debía cumplir con el engorroso procedimiento de la LCE, lo cual le hubiera impedido cumplir con el cronograma de entrega. Eso en teoría. Ciertamente, en la práctica, los «acuerdos de encargo» contenían incentivos perversos: si la concesionaria se demoraba, entonces el Estado peruano debía indemnizarle. Ergo, la concesionaria se beneficiaba con su propia dilación en la culminación de las liberaciones.

Como dijimos antes, estos trabajos, expedientes técnicos, proyectos y planes de liberación de interferencias de saneamiento (agua potable y alcantarillado), eran supervisados, autorizados y aprobados por SEDAPAL. Las observaciones de SEDAPAL dieron pábulo a la concesionaria para demorar la liberación. Debido a la falta de aprobación de SEDAPAL y a la terquedad del concesionario de subsanarlas, varios frentes de trabajo estuvieron suspendidos cerca de 28 meses (Barrantes, 2019).

a.5. El nacimiento del régimen de inaplicación

En el 2015, mediante Decreto Legislativo 1192 se reguló el procedimiento de adquisición, transferencias, expropiación de inmuebles y liberación de interferencias para la ejecución de obras de infraestructura que será aplicado en todos los niveles de gobierno. Claramente, la intención del Estado era agilizar dichos procedimientos (Decreto Legislativo N° 1192).

En efecto, este Decreto Legislativo 1192 establece dos actividades: una de adquisición de predios y otra de liberación de interferencias. Desde que entró en vigencia, la AATE aplicó dicha normativa. En este contexto, AATE varió su estructura orgánica para crear la Dirección de Adquisición de Predios y Liberación de Interferencias – DAPLI para que pueda utilizar las herramientas jurídicas diseñadas por el decreto legislativo y sus modificatorias (Decreto Legislativo N° 1192, 2015).

Dos años más tarde, se inserta la Décimo Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1192 (en adelante, «17ª DCF»)

mediante la cual, hasta el 31 de diciembre de 2019, se autorizó al MTC la inaplicación de la LCE para las contrataciones destinadas a la adquisición de predios y la liberación de interferencias (Decreto Legislativo N° 1330, 2017). Al año siguiente, se amplía la vigencia de la inaplicación hasta el 28 de julio de 2021 (Decreto Legislativo N° 1366, 2018).

De acuerdo a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1366, el MTC alegaba que estaban pendientes de adquirir 26 741 predios afectados por la ejecución de obras viales, para lo cual solicitaban la extensión del plazo hasta el 28 de julio de 2021 con la finalidad de optimizar procedimientos que cumplan con el objetivo de adquirir la totalidad de dichos predios. Ciertamente, el MTC calculaba adquirir 5049 predios en el 2018; 6000 predios en el 2019; 7500, en el 2020 y 8212, en el 2021.

Posteriormente, el MTC emitió su Directiva que contiene reglas simples y procedimientos de contratación más expeditivos que los señalados en la LCE. La Directiva era aplicable para el MTC y sus proyectos especiales como Provías Nacional, Provías Descentralizado y la AATE. Esta Directiva establecía un procedimiento de contratación diferente al regulado en la LCE pero sin desatender los principios de la contratación pública (Directiva N° 9-2018-MTC/01).

La Directiva estipulaba topes para la contratación. Distinguía entre contratación de servicios y contratación de obras. La Directiva no regulaba la contratación de bienes, porque no estaba vinculada a la adquisición de predios y la liberación de interferencias. Los montos máximos de contratación eran los siguientes: para obras, S/15 millones de Soles y para servicios, S/400 000 Soles.

En cambio para la LCE, en aquel momento, para el caso de obras, el monto mínimo de una licitación pública era S/1,8 millones de Soles, mientras que el monto mínimo para una adjudicación simplificada era S/400 000 Soles. Por otro lado, los montos mínimos para el caso de servicios eran los siguientes: adjudicación simplificada, S/33 200 Soles; concurso público, S/400 000 Soles.

La LCE establecía cuatro formas de contratación según la cuantía: (1) contratación directa, cuando sea menor a 8 UIT (Unidades Impositivas Tributarias), (2) adjudicación simplificada, para servicios que no superen los S/400 000 Soles y para obras que no superen los S/1,8 millones de Soles, (3) concurso público, para servicios que superen

los S/ 400 000 Soles; y (4) licitación pública, para obras que superen el S/1,8 millones de Soles.

Como podemos apreciar, si el servicio vinculado a adquisiciones o liberaciones superaba los S/400 000 Soles debía realizarse mediante la LCE (también denominado «régimen general») y tramitarse mediante concurso público. Mientras que para el caso de obras se podía efectuar una contratación de hasta S/15 millones de Soles lo que significaba que para montos superiores se necesita utilizar una licitación pública.

La duda aparecía cuando se contrataba un servicio por el régimen de inaplicación por el monto de S/400 000 Soles y se necesitaba incrementar alguna actividad que implicaba modificar el monto contractual. ¿Debía modificarse el monto mediante una adenda o debía resolverse el contrato y tramitarse en la vía del régimen general de la LCE? La respuesta la veremos más adelante.

La Directiva creó el «área técnica» mediante la fusión de lo que en la LCE era el área usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones – OEC, llámese así las oficinas de logística o abastecimiento. El «área técnica» fue la DAPLI y no el OEC, porque hubiera habido la tendencia de reconducirlo a lo que conocen: LCE. Entonces no hubiera cambiado nada.

En las contrataciones de régimen general, la «comisión especial» realiza el proceso de contratación. Sin embargo, en la Directiva se le denominó «evaluadores» y no se formaban para cada proceso sino que se mantenían su función mientras estaba vigente la Directiva. Eran dos evaluadores uno propuesto por el «área técnica» y otro propuesto por el OEC.

El proveedor tenía condiciones simplificadas para participar respecto al régimen general. Se mantuvo lo esencial. Lo nuevo fue que debía de estar previamente registrado en la «lista de invitados». Además, debía declarar como válida la comunicación mediante correo electrónico. Otra novedad era que todos los actos del proceso de contratación eran inimpugnables. Lo cual generaba mayor responsabilidad en los «evaluadores».

El procedimiento de selección era único. En cambio, en el régimen general había cuatro procesos y variaban por la cuantía, la complejidad de los mismos aumentaba con su cuantía. El único problema era cuando se requerían contrataciones menores a 8 UIT. El procedimiento de contratación

directa del régimen general era más eficiente que uno del régimen de inaplicación de la LCE.

El «área técnica» obtenía la disponibilidad presupuestal y preparaba la «carpeta de invitación» cuyo símil con la LCE es el «expediente de contratación». No necesitaba ninguna aprobación y así se remitía a los «evaluadores», quienes invitaban a los proveedores de la «lista de invitados» mediante correo electrónico. Al mismo tiempo, los «evaluadores» comunicaban al órgano de control institucional – OCI para el «seguimiento concurrente».

La Directiva establecía que la Contraloría General de la República – CGR debía realizar control simultáneo y concurrente de las contrataciones. En este punto, cabe mencionar que existen tres tipos de control: previo, simultáneo y posterior. El control simultáneo se realiza a los procesos en curso y está compuesto por: (1) «control concurrente» o acompañamiento; (2) «visita de control» o inspecciones; (3) «orientación de oficio» o revisión documental; (4) «operativo de control simultáneo» o «visita de control».

En acto público se presentaban, abrían las propuestas y se otorga la buena pro. Garantía de publicidad era la presencia de notario (siempre y cuando el valor referencial sea superior a S/100 000 Soles). Además, participaban en dicho acto público: evaluadores, proveedores y miembros del OCI. Posteriormente, se suscribía el contrato y al mes siguiente se publicaban los resultados en el Sistema Electrónico de contrataciones del Estado – SEACE.

Como se puede observar, el procedimiento era simple. Sin embargo, la publicación en el SEACE lo complicó en parte pues obligaba a una serie de pasos previos como su registro en el Sistema Integrado de Administración Financiera – SIAF pero para que proceda su registro necesitaba incluirse la contratación en el Plan Anual de Contrataciones – PAC. Por lo tanto, previo al procedimiento de contratación, el «área técnica» debía incluirlo en el PAC.

La LCE establecía tres fases: preparatoria o preliminar, de selección y de ejecución. Algunos pueden agregar dos etapas poscontractual y planificación o programación. Sin embargo, si no se aplica la LCE, entonces no hay esta clasificación. De tal manera, que la inaplicación de la LCE

dejaba sin normas las que supuestamente eran las etapas de ejecución y poscontractual.

Sin embargo, ello tenía una razón de ser práctica, puesto que los contratos son los que regulan la etapa contractual. No había necesidad de regular toda la etapa contractual como lo norma la LCE. Porque los contratos responderán a las necesidades de la entidad. Por este motivo, la Directiva determinó que el contrato y sus términos de referencia o expediente técnico contemplarán las demás condiciones de la contratación.

Podría pensarse que la Directiva únicamente era para la «fase de selección» conforme a la LCE y no lo era de la fase de ejecución. Sin embargo, como hemos visto arriba, la inaplicación de la LCE implicaba necesariamente que no se utilice la diferenciación de etapas. Por lo tanto, todas las normas aplicables estaban en la Directiva, en su contrato y en sus términos de referencia (servicio) o expediente técnico (obra) (Directiva N° 9-2018-MTC/01).

a.6. El fin de los «acuerdos de encargo»

Recordemos que el concedente encargó al concesionario la liberación de interferencias, pero tentados a favorecerse con el incumplimiento del concedente al contrato de concesión, demoraron la obra para que el concedente incumpla con su deber de entregarles el área de la concesión. Así, paralizaron la obra de liberación de interferencias por casi 28 meses.

Ante esta situación, AATE decidió resolver por mutuo disenso dichos «acuerdos de encargo» con la finalidad de retomar la ejecución de las obras para la liberación de las interferencias que permitan la entrega de las áreas de la concesión conforme a los nuevos plazos previstos en la adenda 2 del contrato de concesión que fuera suscrita en el mes de diciembre de 2018. Apenas mes y medio luego que el MTC aprobase la Directiva (Resolución Ministerial N° 1002-2018-MTC/01, 2018).

En efecto, el 18 de febrero de 2019 se firmó el mutuo disenso. A partir de entonces, AATE, a través de la DAPLI (creada en el Manual de Operaciones - MOP de AATE de 2018) comenzó la experiencia de la aplicación del sistema de contratación de la Directiva implementada de acuerdo a la 17ª DCF del Decreto Legislativo 1192, para la ejecución de los saldos de obra del concesionario. Un «saldo de obra» es lo que queda por terminar de la obra que fuera dejada por el concesionario.

a.7. El auge del «régimen de inaplicación»: las reglas simples

Ahora bien, la inaplicación de la LCE dispuesta por el Decreto Legislativo 1192 para la contratación de servicios y obras destinadas a la adquisición de predios y liberación de interferencias es una autorización excepcional y como tal fue transitoria con vigencia hasta el 28 de julio de 2021.

En efecto, en materia de adquisición de predios y liberación de interferencias, se presentan diferentes y variadas situaciones. Una de ellas es la concerniente a la liberación de interferencias de redes de agua potable y alcantarillado administradas por SEDAPAL y cuya participación y opinión técnica es necesaria en los contratos que se suscriban entre la AATE y el Contratista.

Motivo por el cual, se requieren contrataciones ágiles (el tiempo de contratación es importante), flexibles (la contratación debe permitir adecuarse a la realidad contractual) y transparentes (debe ser público el proceso de contratación además de permitir la participación del OCI y de la CGR). En este contexto, la solución que mejor resuelve una contratación ágil, flexible y transparente es la inaplicación de la LCE.

De esta manera, en el plazo de seis meses, AATE concluyó con los saldos de obra que había dejado el Concesionario. Este plazo se debió a la inaplicación de la LCE, quedando en evidencia que la diferencia entre el monto utilizado por AATE y lo que se hubiera pagado al Concesionario, fue de diez veces menor. Por lo tanto, queda demostrado lo eficiente de la contratación de un régimen simple que no aplique la engorrosa LCE.

Es relevante indicar que el componente más importante en el desarrollo del proyecto Línea 2, así como de cualquier otro proyecto de infraestructura pública, es la disponibilidad de las áreas previas a la entrega al concesionario para la ejecución de obras. Razón por la cual, las acciones conducentes a la adquisición de inmuebles y liberación de interferencias son importantes para los mismos. De este modo, la aplicación de la contratación simple produjo avances significativos.

4. EL BACKGROUND DE LA AATE: RESULTADOS DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL

En principio, toda contratación pública que realizaba AATE debía regirse por la LCE: actos preparatorios, procedimiento de selección y ejecución. Sin

embargo, la aplicación de las disposiciones de la LCE generaban dilaciones que impedían a la AATE cumplir con los plazos de entrega programados para la adquisición de predios y liberación de interferencias a favor de la Concesionaria, motivo por el cual, el Estado autorizó la inaplicación de la LCE.

En efecto, una norma jurídica es la conjunción de tres elementos: supuesto de hecho, nexo jurídico y consecuencia jurídica. Por lo tanto, «inaplicar» consiste en no atribuir la consecuencia jurídica a un supuesto de hecho prefijado. Ergo, no se va a emplear a un supuesto donde normalmente se destinaría. En este marco dispuesto por la 17ª DCF del Decreto Legislativo 1192, el MTC aprobó la Directiva de contrataciones relacionadas con adquisiciones y liberaciones (Directiva N° 9-2018-MTC/01).

a.1. En busca de la eficiencia: la optimización de las contrataciones

Esta inaplicación está acorde con el proceso de optimización de procesos. Por cuanto fue considerado de «interés público primordial» que las entidades públicas cuenten con procesos ágiles, expeditivos, públicos, transparentes, eficientes y eficaces que permitan la obtención oportuna de los inmuebles y liberación de interferencias para desplegar infraestructura pública, pasando por alto los meros formalismos (Decreto Legislativo N° 1192, 2015).

Por lo tanto, es de interés público contar con contrataciones ágiles, flexibles y transparentes que logren la obtención oportuna de la satisfacción de la necesidad pública de infraestructura a través de megaproyectos, siempre bajo el respeto de los principios constitucionales. En efecto, mediante ley pueden establecerse disposiciones especiales o excepcionales al régimen general de contratación pública, que no usen, parcial o totalmente, sus disposiciones.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que la LCE es el desarrollo del artículo 76 de la Constitución pero que en base al «contexto socioeconómico» pueden establecerse mecanismos excepcionales de adquisición siempre y cuando se regulen mediante ley y se respeten los principios constitucionales de toda adquisición pública: eficiencia, transparencia y trato igualitario (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, 2004).

a.2. Homologación de requerimientos: espejismo de eficiencia

Uno quizás pueda pensar que una forma de evitar una contratación simple sea recurrir a un procedimiento homologado. La homologación es la respuesta del régimen general de la LCE para abastecerse de procedimientos simplificados. Esta homologación de procedimientos dispone que las entidades públicas al aplicar la LCE puedan utilizar «perfiles uniformizados» (artículos 42 y 43 Decreto Legislativo N° 1192).

La homologación de perfiles es eficiente y eficaz cuando existen servicios y obras comunes que permita uniformizar los requerimientos. En el caso de liberación de interferencias y adquisición de predios es difícil encontrar hasta diez proveedores para formar la «lista de invitados». Ello debido a los servicios altamente especializados en cuanto a adquisición de predios (peritos tasadores) y liberación de interferencias (redes de agua y desagüe, redes de fibra óptica, entre otros).

Uniformizar y estandarizar con lo mínimo indispensable mejoraría la cantidad de proveedores, pero no se conseguiría obtener la especialidad necesaria para las obras de envergadura y de impacto social que tiene el desarrollo de las obras de liberación de interferencias y de adquisición de predios para Línea 2. Por cuanto experiencia en tuberías de 1.8 m de diámetro, en el Perú son pocas las ciudades que alcanzan dichas dimensiones.

De esta manera, la alta especialización actual que requieren los proveedores para servicios de liberación y adquisición, obliga a contar con lista de candidatos de máximo tres postulantes. Son pocas las empresas especializadas en liberaciones. Asimismo, para estas empresas les es difícil encontrar profesionales y técnicos especializados en temas como ingeniería sanitaria, operador de grúas para instalación de tuberías, cañerías y especialista en empalmes hidráulicos.

Como ejemplo pasamos a detallar los siguientes casos. En el sector saneamiento (mejoramiento y preservación de fuentes de abastecimiento de agua y disposición sanitaria) no existe un abanico de posibilidades para el caso de empresas especializadas en la realización del servicio de empalmes de tuberías. Es así que, AATE solo pudo registrar a dos empresas en la «lista de invitados» que presten este tipo de servicios.

De igual manera, en el caso de liberación de interferencias en telecomunicaciones referidas a la realización de los empalmes de fibra óptica,

cada empresa maneja una distinta fibra óptica que hace que sean los únicos prestadores de este tipo de servicios (razón por la cual se realiza un convenio con ellos): ello por cuanto la fusionadora que se requiere es exclusivamente para cada fibra óptica y únicamente puede ser utilizada para los cables ópticos de esta empresa y no de otra.

Por otro lado, en el caso de liberación de interferencias de combustibles relacionadas a la reubicación de tuberías de gas, el mercado de proveedores se reduce aún más, debido a lo sofisticado y complejo del servicio. En otras palabras, los que mejor conocen de la reubicación es el propio titular de la interferencia, motivo por el cual, ellos mismos realizan la reubicación de sus redes.

De esta manera, uniformizar y estandarizar los perfiles técnicos conllevaría que se requiera servicios no especializados, lo que no mejoraría la prestación de los servicios especializados que se requiere. Existe una relación inversamente proporcional entre cantidad de postores y especialización. De esta manera, mientras más especializados sean nuestros servicios requeridos menor será la cantidad de postores posibles en el mercado.

Adicionalmente, las obras de liberación de interferencias, por su envergadura, requieren de una elevada especialización. De lo contrario podría volver a suceder la rotura de las redes de alcantarillado como sucedió en enero de 2019 en el distrito de San Juan de Lurigancho, cerca de la estación Pirámide del Sol de la Línea 1. En efecto, en aquella oportunidad se rompió la tubería de desagüe e inundó las zonas aledañas.

Por ello, si se homogenizan los servicios, puede obtenerse personal, pero este no sería el adecuado. Pudiendo generar serios y graves problemas sociales a causa de una infraestructura mal ejecutada. Por ello es necesaria la alta especialización del proveedor. Aunque podrían efectuarse en algunos casos la homologación de procedimientos, no será la generalidad, motivo por el cual sigue siendo indispensable la inaplicación de la LCE (Morón Urbina & Aguilera, 2019).

a.3. **Resultados del «régimen de inaplicación» de la Directiva**

En el año 2019, la AATE en materia de adquisición de predios contrató lo siguiente: identificación de predios; elaboración y monitoreo de expedientes de afectación predial; levantamiento fotogramétrico; supervisión de tasaciones; instalación de rejas; seguridad y vigilancia; desmontaje de

techos; independización estructural y/o demolición de área remanente; arrendamiento de módulos; elaboración de expediente técnico, ejecución y supervisión de reubicación de infraestructura pública afectada.

En materia de liberación de interferencias: elaboración de expediente técnico, elaboración de ingeniería de detalle, ejecución y supervisión de liberación de interferencias de redes de agua potable y alcantarillado; inspección y recepción de obras de liberación de interferencias; relleno de tuberías primarias; elaboración de estudio de impacto patrimonial; elaboración de expediente técnicos relacionados a zonas patrimoniales; gestión de proyectos de liberación de interferencias.

De igual manera, para mantener el servicio de agua potable y regadío, la AATE contrató: suministro de agua para riego por afectación al canal de regadío; provisión de camiones cisterna para distribución de agua potable. Asimismo, la AATE contrató la reubicación de fibra óptica semafórica; identificación y retiro de cables telefónicos; sostenimiento provisional de tuberías y de canal de riego; asesoría legal externa; asesoría legal para homologación de procedimientos y servicios notariales.

En términos generales, la contratación está lejos de ser numerosa. Sin embargo, lo que interesa es que el procedimiento en promedio demoraba, en promedio, 15 días calendarios contados desde la programación en el PAC hasta la firma del contrato. Empero, en el mejor de los casos podían realizarse contrataciones en solo cinco días calendarios.

a.4. Los «lineamientos»: la contratación moderna-tradicional

El profesor Fernando de Trazegnies acuñó el término «modernización tradicionalista» para referirse a ese afán ecléctico que tenemos los peruanos de tomar algo nuevo y vincularlo con lo antiguo para no abandonarlo. Así, en este contexto, ante el régimen de inaplicación como algo nuevo y moderno se une el deseo de no abandonar lo antiguo: LCE. Así surgieron los «lineamientos» que establecían un régimen excepcional pero que se parecía a una contratación pública regida por la LCE (De Trazegnies Granda, 1991).

A finales de 2019, se emitió el «régimen de exclusión» de la LCE para las entidades públicas que, como AATE, se encargaban de «proyectos prioritizados» para que realicen contrataciones bajo reglas de exclusión de la LCE. Para ello, se les creó un sistema de contratación que debía ser

aprobado por cada sector y que debía de cumplir con los «lineamientos» allí establecidos (Decreto de Urgencia N° 18-2019).

Los «lineamientos» tienen una similitud en cuanto a contenido y alcance a las reglas del régimen de la Directiva, la cual ha permitido avanzar en la adquisición de predios y liberación de interferencias. Estos «lineamientos» también son aplicables para la adquisición de predios y la liberación de interferencias, no solo del MTC sino de todos los «proyectos priorizados» sea cual sea su sector.

Es más, si revisamos con detenimiento el procedimiento de contratación y las denominaciones (área técnica, evaluadores, entre otros) descritas en la Directiva podemos advertir que dicho procedimiento y denominaciones han sido acogidos en gran medida en los «lineamientos», a través del cual regulan un régimen especial de contratación para la promoción e implementación de los «proyectos priorizados» en el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad – PNIC (Taboada Mier, 2020).

La Directiva dispuso solo dos intervinientes en el proceso de contratación: «área técnica» y «evaluadores». Con lo que minimizó los tiempos de coordinación y maximizó la agilidad y flexibilidad de la contratación sin menoscabar los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario (Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, 2004).

En efecto, la Directiva establece que: (1) el «área técnica» elabora el requerimiento (términos de referencia o expediente técnico), solo hay un solo proceso de contratación, realiza el estudio de mercado y solicita la inclusión en el PAC; y (2) los «evaluadores»: elaboran y publican en el SEACE los lineamientos del proceso, invitan a los proveedores seleccionados, remiten los lineamientos a los interesados, tramitan el procedimiento de selección, publican en el SEACE su informe de evaluación y el contrato.

Sin embargo, los «lineamientos» acogieron disposiciones de la LCE que ralentizan significativamente la contratación. En efecto, incluyeron un participante adicional: el OEC. Su participación genera mayor parsimonia, porque aumenta el costo de coordinación entre las áreas de la entidad. Asimismo, al mantener disposiciones de la LCE permite la tendencia a seguir su aplicación por parte del OEC.

A continuación veamos cómo funcionaría: (1) el «área técnica» elabora el requerimiento, decide el proceso (abierto o por lista corta); (2) el

OEC realiza el estudio de mercado y solicita la inclusión en el PAC; (3) los «evaluadores», son tres miembros quienes elaboran y publican los lineamientos en el SEACE, solicitan manifestación de interés, elaboran «lista de interesados» y les remiten los lineamientos, gestionan el procedimiento, publican en el SEACE su informe de evaluación y el contrato suscrito.

En cambio, la Directiva concentra las funciones del OEC en el «área técnica» y establece un solo tipo de procedimiento de selección para la contratación de servicios y obras. Se puede seleccionar a solo tres proveedores para el procedimiento de selección. Los «evaluadores» son dos miembros y no tres. Por este motivo, se facultó al MTC para decidir si sigue con su «régimen de inaplicación» conforme a su Directiva o utiliza el «régimen de exclusión» de los «lineamientos» (Decreto de Urgencia N° 18-2019).

a.5. Balance final de contrataciones y convenios sobre adquisiciones y liberaciones

Como hemos visto, la 17ª DCF del Decreto Legislativo 1192 establece un «régimen de inaplicación» de la LCE, mientras que el Decreto de Urgencia N° 18-2018 establecen un «régimen de exclusión» de la LCE, pero ceñidos a unos «lineamientos». De modo que, el Decreto de Urgencia N° 18-2019 dispone que el MTC está facultado para decidir entre el «régimen de inaplicación» o el «régimen de exclusión».

Así, AATE contaba con diversos marcos normativos para contratar servicios y obras destinados a la adquisición de predios y liberación de interferencias: (a) LCE; (b) «acuerdos de encargo»; (c) Directiva; (d) «lineamientos» del Decreto de Urgencia 18-2019; y, (e) homologación de requerimientos de servicios. A continuación resumimos las contrataciones y convenios suscritos por AATE en el año 2019.

RUBRO	OBJETO	SUJETO	FUENTE LEGAL	PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN
Adquisición de predios	Predios privados	Propietarios	Directiva	<ul style="list-style-type: none"> - Identificación de predios - Elaboración de expediente de afectación predial de inmuebles - Levantamiento fotogramétrico con drones y GPS diferencial. - Monitoreo y supervisión de expedientes de afectación predial - Supervisor responsable de las tasaciones de los predios afectados. - Elaboración e instalación de estructuras metálicas - Seguridad y vigilancia privada. - Desmontaje de techos de área remanente - Demolición del área remanente - Independización estructural de la edificación remanente y área de un tercero. - Alquiler de módulos habilitados para oficinas administrativas, almacenes, baños. - Elaboración de expediente técnico para reubicar la infraestructura pública afectada. - Ejecución de reubicación de la infraestructura pública afectada. - Supervisión de la ejecución de la reubicación de la infraestructura pública afectada. - Servicios notariales

LA MAGIA DE LAS REGLAS SIMPLES: LA EXPERIENCIA DE LA INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Liberación de interferencias	Instalaciones de EPSP	EPSP Privada	Convenio (DU 18-2019)	Financista: AATE Ejecutor: EPSP privada Supervisor: EPSP privada
		EPSP Pública	Acuerdo de Encargo	Financista: AATE Ejecutor: Concesionario Supervisor: SEDAPAL
			Directiva	Financista: AATE
				Ejecutor: AATE
Convenio (DU 18-2019)	Financista: AATE Ejecutor: SEDAPAL Supervisor: SEDAPAL			
Otras instalaciones o bienes	Entidades públicas	Directiva		<ul style="list-style-type: none"> - Servicio de reubicación de fibra óptica semafórica - Servicio de identificación y retiro de cables telefónicos - Servicio de sostenimiento provisional de tuberías - Servicio provisional de sostenimiento de canal de riego - Servicio de asesoría legal externa - Servicio de asesoría especializada para la homologación de procedimientos

Como podemos apreciar en el cuadro que antecede, la AATE, en materia de adquisiciones y liberaciones, el fuerte de las contrataciones fue realizado mediante la Directiva de «régimen de inaplicación» dispuesto por la 17ª DCF del Decreto Legislativo 1192, cuando le tocaba ser ejecutor de las liberaciones de interferencias y cuando necesitaba adquirir predios privados, así como realizar la reubicación de las instalaciones de entidades públicas afectadas por Línea 2.

La segunda forma que mejor se acomodó a la liberación de interferencias cuando AATE fungía como financista fue el convenio interinstitucional, por cuanto la obra resultante es más interés privado que público. En efecto, son las EPSP afectados los que realizan la liberación de interferencias. Finalmente, la última forma utilizada fue el «acuerdo de encargo». Ello debido a que los acuerdos de encargo resueltos fueron los que se encontraban con ejecución por debajo del 50% mientras que continuaron vigentes los que contaban con un nivel de ejecución por encima del 90%.

De esta manera, podemos concluir que la mejor solución posible es la inaplicación de la LCE dispuesta por la Directiva. A continuación presentaremos las razones por las que consideramos que esta propuesta es la mejor de todas las anteriores y las razones por las cuales debería replicarse este modelo en los demás megaproyectos de infraestructura con la finalidad de reducir la brecha existente (Machado & Toma, 2014).

a.6. Razones del éxito: las contrataciones «espartanas» v «contrataciones persas»

«Espartano», según el Diccionario de la Real Academia Española, tiene tres acepciones. Las dos primeras son natural de Esparta o relativo a los espartanos. Sin embargo, su tercer concepto es un adjetivo que significa «austero, sobrio, firme, severo». Es decir, podríamos referirnos al «régimen de inaplicación» como una contratación simple o austera, una verdadera «contratación espartana».

En cambio, podremos referirnos a una contratación meticulosa, con deseos de controlarlo todo, a aquella contratación regida por la LCE que al igual que Jerjes I, deben controlarlo todo para sentirse seguros de su poder. De esta manera, la llamaremos una «contratación persa», a aquél procedimiento de contratación riguroso, copioso, complicado e inflexible, tal como lo es la LCE.

Al igual que la película *300* (Snyder, 2007), los trescientos espartanos comandados por su rey Leónidas I resistieron el avance de las tropas persas, dando lugar a la Batalla de las Termópilas. De igual manera, el «régimen excepcional» se enfrentó en todo momento al «régimen general». Desde todos los frentes, los doctrinarios de las «contrataciones persas» querían aplicar la LCE pese a que no le correspondía, porque la «tradición» llama.

Sin embargo, en un principio, el éxito de las «contrataciones espartanas» es tomar en cuenta, quizás sin saberlo, el teorema de Coase. En efecto, conforme a este teorema, la mejor solución a un problema dependerá de los costos de transacción involucrados. Así, si los costos de transacción son bajos, entonces la mejor solución será un acuerdo entre las partes. Mientras que si los costos de transacción son altos, entonces la mejor solución será una ley (Bullard González, 1992; Calabresi, 1997; Coase, 2002).

De esta manera, la LCE será eficiente cuando las contrataciones públicas tengan altos costos de transacción. Verbigracia, en la compra de útiles de oficina y la cantidad de oferentes y de demandantes vuelven los costos de transacción prohibitivos. Sin embargo, en el caso de adquisiciones y liberaciones, los costos de transacción disminuyen. Ello debido a que, como mencionamos anteriormente, son servicios y obras sumamente especializadas.

Por consiguiente, podemos afirmar que ante costos de transacción bajos la mejor solución será una contratación pública con reglas «espartanas». Mientras que si los costos de transacción son altos, entonces la mejor solución será la LCE o pautas «persas». Por lo tanto, no se manifiesta que las reglas simples sean una solución para todos los supuestos, sino que dependerá de cada caso.

En segundo lugar, el régimen de inaplicación tuvo la suerte de intervenir en el mercado ante la presencia de fallas del mercado. En efecto, según la teoría económica tradicional, los mercados se regulan solos. Sin embargo, es algo cierto que los mercados presenten fallas como: externalidades, bienes públicos, asimetrías de información y monopolios.

En este contexto, Línea 2 presenta externalidades positivas y negativas. Las externalidades son beneficios o perjuicios no contratados. La manera de solucionarlos es mediante una internalización de estos costos o beneficios. Las externalidades negativas son las afectaciones a los propietarios ubicados en áreas de la concesión. Para ellos, el artículo 70 de la

Constitución les asegura que sus predios serán expropiados mediante un debido proceso, previo pago de justiprecio para fines de una obra de interés público.

Asimismo, cuando el afectado también sea otra empresa privada que preste servicios públicos, que sea necesario mantener en funcionamiento para el beneficio colectivo como son las empresas de electricidad, telecomunicaciones, gas, saneamiento, entre otros, para estos casos, el Estado debe internalizar el costo y debe resarcir a aquellas empresas para que busquen la manera de reconducir sus redes por lugares diferentes a los de las áreas de la concesión.

Ante ello, existen dos conceptos de bienes públicos, uno jurídico y otro económico. El máximo intérprete de la Constitución reconoce tres tipos de bienes de dominio público: (1) bienes destinados al uso público; (2) bienes que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público; y, (3) otros bienes de dominio público que pueden ser concesionados por el Estado (Caso Parque de los Próceres, 2015).

El concepto económico de bien público debe cumplir con dos características: (1) uso no rival; y, (2) imposibilidad de exclusión a quienes no solventaron el mismo. En este contexto, son bienes privados la luz, el agua, el gas y el celular. En el alumbrado público no hay rivalidad en el uso porque una persona o varias personas pueden disfrutar del bien. En cambio, en el internet libre del parque hay un consumo rival porque cada nuevo usuario disminuye la velocidad del mismo (Cooter & Ulen, 2016).

Es por ese motivo, que por medio de la liberación de interferencias se atienden bienes públicos en sentido jurídico y también bienes públicos en sentido económico. Ciertamente, cuando se afecta a una entidad pública o alguna infraestructura pública como un polideportivo, este debe ser reubicado. Asimismo, si se afecta una red semafórica, ésta debe ser trasladada.

Los monopolios son uno de los errores del mercado porque los monopolios tienden al abuso de su poder de dominio. Sin embargo, hay monopolios necesarios. En efecto, hay una situación donde los monopolios son eficientes, a ellos se les denomina monopolios naturales, como las redes de saneamiento (agua potable y alcantarillado) no es rentable económicamente mantener dos o tres empresas de saneamiento en la ciudad (Cooter & Ulen, 2016).

Las asimetrías de información son una falla de mercado por cuanto se refiere a la diferencia de información que hay entre los sujetos. En el presente caso, se aprovecha las asimetrías de información. La Directiva señala que en la «lista de invitados» estará conformado por los postores encargados. Ellos mismos son los que conocen el ámbito de aplicación de la liberación de interferencias (Cooter & Ulen, 2016).

Cuando la interferencia pertenece a una empresa privada, por ejemplo, telecomunicaciones, que también es un concesionario de una infraestructura, entonces la asimetría está a favor de esta empresa por lo que resulta conveniente para el interés público que ellos mismos reubiquen sus redes y que la entidad pública únicamente financie el proyecto mediante un convenio interinstitucional.

En cambio, cuando se trata de empresas públicas que administran bienes públicos en situación de monopolio natural. El Estado debe intervenir para remediar la situación y poder ejecutar la liberación de interferencias. Sin embargo, aquí falló la Directiva al no contemplar este tipo de situaciones, donde exista un monopolio natural. En consecuencia, deberían de establecerse normas legales, debido a que los costos de transacción son altos, con el fin de solucionar este tipo de conflictos que pudieran surgir.

Ciertamente, como SEDAPAL participa como supervisor. Frente a las observaciones que este realiza no hay marcha atrás, pero ello puede generar, como efectivamente generó, un abuso. Debido a que SEDAPAL no solamente realizó una sola observación sino varias observaciones a los proyectos y planes de liberación. Las mismas que volvieron circulares sus pedidos y dilataron los plazos.

En efecto, la liberación de interferencias de saneamiento consta de lo siguiente: (1) elaboración del expediente técnico del proyecto de reubicación; (2) ejecución de las obras civiles del expediente técnico; (3) plan de empalme y plan de contingencia, (4) ejecución de plan de empalme (actividades preempalme, empalme, posempalme); (5) procedimiento de recepción y conformidad.

Una liberación de interferencias de las redes de saneamiento consiste en reubicar las redes que se encuentra en un lugar y moverlas por otro recorrido. De esta manera, primero se debe realizar la nueva ruta de las redes de tuberías y al acabarse SEDAPAL verificará su acabado, luego de lo cual evaluará el plan de empalme y el plan de contingencia.

El plan de empalme consiste en cortar la tubería en uso y unirla a la nueva tubería para que tome su nuevo camino. De tal manera, que se deje inservible la anterior ruta. Efectuar este corte a una tubería de agua potable en uso no es asunto sencillo, debido al volumen de agua, se debe suspender el servicio de agua potable por varias horas, afectando a la población.

Prueba de lo eficaz y eficiente que resultó aplicar la Directiva fueron los empalmes de tuberías en las Estaciones E14, E15, E16 y E17, ubicadas en el distrito de La Victoria realizadas los días 5, 6 y 7 de julio de 2019. El corte de agua afectó a 14 distritos de Lima y Callao, siendo amortiguado mediante la contratación de 240 cisternas que abastecieron de agua a esos distritos.

A través de este régimen expeditivo se suspendieron plazos contractuales, se contrataron cisternas y ejecutaron trabajos complementarios, requeridos por SEDAPAL para la ejecución de los empalmes (obra principal), cuyos presupuestos superaban el 25% del monto contractual de la obra. Esta labor fue reconocida por la Presidencia del Consejo de Ministros en la Conferencia Anual de Ejecutivos – CADE realizado el día 7 de setiembre de 2019.

Estas contrataciones no eran posibles en la LCE, por cuanto no podían ejecutarse obras complementarias por montos superiores al 25% del monto de la obra principal, se requería convocar un proceso de selección por adjudicación simplificada cuya duración oscilaba entre tres y cuatro meses, lo que hubiera generado un retraso en la ejecución de los empalmes requeridos por SEDAPAL, a fin de liberar las interferencias de las zonas del área de la concesión a ser entregadas al Concesionario.

Asimismo, la Directiva contaba con los dos presupuestos constitucionales señalados para su efectividad: (1) autorización por norma legal; y, (2) respeto de los principios constitucionales. La autorización legal fue repetida a los largo del presente escrito (la 17ª DCF del Decreto Legislativo 1192). Recordemos que el conforme al artículo 200.2 de la Constitución el decreto legislativo tiene rango de ley. Por lo tanto, también puede ser un decreto de urgencia.

En cuanto al respeto de los principios constitucionales, la Directiva respetaba los principios constitucionales de libre concurrencia por cuanto el registro en la «lista de invitados» no tenía barreras burocráticas que

impidan la participación de los postores. Únicamente contenían los requisitos necesarios para la ejecución de obras y servicios especializados, los cuales eran razonablemente exigidos debido a la magnitud e importancia se requiere empresas especializadas.

Existe igualdad de trato por cuanto todos los inscritos en la «lista de invitados» reciben el correo para participar en el proceso y evalúen su participación. Asimismo, en un solo acto público se produce la apertura de sobres y el otorgamiento de la buena pro. Por otro lado, el proceso es transparente porque participa «concurrentemente» OCI y la CGR. Asimismo, se solicita un notario para contrataciones superiores a S/100 000 Soles.

En este sentido, los requerimientos del Estado deben difundirse a un público objetivo. En el caso de interferencias, los contratistas son demasiado especializados. Cuando la LCE obliga que la publicación sea por medio del SEACE, centraliza la información. Por lo que la publicación en el SEACE no cumple con su finalidad. La información no llegaría a estas empresas especializadas. Por ello, la invitación mejora la eficiencia y eficacia de la contratación. Por cuanto los costos de transacción son bajos.

El «régimen de inaplicación» no supuso una restricción a la competencia en el mercado. Los precios eran competitivos. Por otro lado, la eficiencia y la eficacia estaban siempre presentes por cuanto se buscaba lograr los objetivos de la entidad como la adquisición de los terrenos necesarios para Línea 2 así como la liberación de las interferencias en el plazo más breve posible.

En el ámbito de la sostenibilidad ambiental y social así como en la vigencia tecnológica, están vinculados a la adquisición de bienes muebles. Por lo tanto, estos principios no fueron utilizados por dos motivos. En primer lugar, la contratación de «régimen de inaplicación» no se refiere a bienes muebles. En segundo lugar, en las liberaciones, SEDAPAL determinaba la calidad de los bienes requeridos mediante la aprobación del *dossier* de calidad.

La equidad se presenta en las adendas por cuanto se cubrían supuestos en los que aparecieran situaciones o eventos sobrevinientes a los contratos. De tal manera que ante la aparición de una situación sobreviniente que no provenga de la culpa de alguna de las partes, pueda modificarse el contrato para devolverle el equilibrio entre las prestaciones de la entidad y

del contratista. Por lo que se desincentiva acciones disruptivas de contrato que impidan el cumplimiento de los fines de la entidad (Rodríguez, 2011).

Por consiguiente, cuando se contrataba un servicio por el «régimen de inaplicación» por el monto de S/400 000 Soles y se necesitaba incrementar alguna actividad que modifique el monto contractual. La equidad y la eficiencia reclaman que no se resuelva el contrato ni que se tramite en el «régimen general». Al contrario, debe modificarse este monto. Únicamente bajo la condición que exista certificación presupuestal.

La integridad es más un concepto que se supera mediante la asignación clara de funciones. Por lo tanto, al hacerse cargo del proceso de contratación tanto el «área técnica» como los «evaluadores» se puede apreciar que la integridad recaerá en ellos mismos la responsabilidad. A más participantes, más controles, pero al mismo tiempo se ralentiza el proceso y se disminuye el cuidado. Al final o nadie revisa o todos revisan. Ambas situaciones generan lentitud e ineficiencia.

a.7. Recomendaciones de mejora

Conforme hemos vistos a lo largo del presente artículo. Los problemas que aparecieron fueron los siguientes: (1) tendencia del OEC para no aplicar el «régimen de inaplicación» sino remitiéndose a la LCE para llenar supuestos vacíos legales, porque la tendencia siempre es a controlarlo todo; (2) incompatibilidad entre el sistema de inaplicación con la estructura de los sistemas informáticos basados en la LCE como el SIAF, el SEACE y posteriormente, el Infobras.

Por lo tanto, la solución sigue el camino inverso, quienes ejecutan el régimen de inaplicación no deben estar vinculados al OEC. Por lo tanto, todos los evaluadores deben ser, preferentemente, del «área técnica». Un régimen de inaplicación también debe señalar que el ingreso en el SEACE no sea obligatorio. Ello no sería un impedimento para la publicidad y transparencia como hemos visto sino un criterio de eficiencia y eficacia.

Asimismo, a fin de evitar el abuso de la posición de dominio de las empresas que sean monopolios naturales. Las observaciones deben ser legalmente limitadas. Con la finalidad que sean reglados el plazo, la calidad técnica y la oportunidad de las observaciones. De tal manera que se elimine la subjetividad de estas. Caso contrario, será un abuso de la posición de dominio.

5. CONCLUSIONES

- 1.1. Como podemos observar, los principios de la contratación pública se pudieron desarrollar plenamente con reglas simples en el régimen de contratación al que denominamos como «contratación espartana».
- 1.2. Al contrario, verificamos que en situaciones de costos de transacción bajos, como la adquisición de predios y liberación de interferencias una «contratación persa» como la LCE es ineficiente y genera costos públicos que amplían la brecha de infraestructura pública que necesita el país.
- 1.3. Todo «régimen espartano» necesita de la presencia «concurrente» del órgano de control con la finalidad de desincentivar conductas oportunistas por parte de quienes conducen el proceso de contratación.
- 1.4. Todo régimen de contratación, para mejorar la integridad de las personas, requiere de una adecuada asignación de responsabilidades y tareas que minimice la cantidad de actores dentro del proceso, siempre y cuando los costos de transacción sean bajos.
- 1.5. La reducción de la brecha de infraestructura pasa por reconocer los supuestos de bajos costos de transacción en las contrataciones y allí utilizar un sistema de «contratación espartana».
- 1.6. La magia de las reglas simples está en la eficiencia y eficacia de las contrataciones utilizadas conforme al teorema de Coase y en el despliegue de infraestructura pública esencial para el desarrollo del país.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adenda N° 1 del Contrato de Concesión, Resolución Ministerial N° 879-2014-MTC/01 (26 de diciembre de 2014).

Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, Resolución Ministerial N° 1002-2018-MTC/01 (13 de diciembre de 2018).

Aguirre Montoya, J. (2012). Algunos impactos generales de los contratos de concesión sobre las operaciones de las Empresas Operadoras de las infraestructuras de Transporte y sobre los consumidores en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo* (12), 273-284.

- Aprueban el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, Decreto Supremo N° 238-2019-EF (Ministerio de Economía y Finanzas 28 de julio de 2019).
- Barrantes, R. (2019). *Teoría de la Regulación*. Lima: Departamento de Economía Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Becker, G. S. (2002). La naturaleza de la competencia. *Thémis Revista de Derecho* (44), 55-61.
- Bullard González, A. (1992). "¡Al fondo hay sitio!" ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público? *Thémis Revista de Derecho* (21), 93-100.
- Calabresi, G. (1997). El sin sentido de Pareto: llevando a Coase más lejos. *Ius et Veritas*, 8 (14), 63-82.
- Caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, Exp. N° 20-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional, 17 de mayo de 2004).
- Caso Parque de los Próceres, Exp. N° 5-2013-PCC/TC (Tribunal Constitucional 11 de junio de 2015).
- Chanjan Documet, R. (2020). *Las clínicas jurídicas anticorrupción: estudios de casos de corrupción en cuatro regiones del país*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Coase, R. (2002). El análisis económico en Chicago. *Thémis Revista de Derecho*, 44, 7-16.
- Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett - Av. Gambetta (28 de abril de 2014).
- Cooter, R. D., & Ulen, T. (2016). *Derecho y economía* (Tercera Edición ed.). (E. L. Suárez, Trad.) México, México: Fondo de Cultura Económica.
- De Trazegnies Granda, F. (1991). El derecho civil ante la post-modernidad. *Derecho PUCP*(45), 287-333.
- Decreto de urgencia que establece medidas extraordinarias para la promoción e implementación de los proyectos priorizados en el Plan Nacional de Infraestructura para la competitividad, Decreto de Urgencia N° 18-2019 (Presidencia de la República 28 de noviembre de 2019).

- Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, Decreto Legislativo N° 1192 (Congreso de la República 23 de agosto de 2015).
- Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo N° 1330 (Poder Ejecutivo 6 de enero de 2017).
- Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo N° 1366 (Poder Ejecutivo 23 de julio de 2018).
- Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, Decreto Legislativo N° 1362 (Poder Ejecutivo 23 de julio de 2018).
- Ezcurra, H., & Chang, J. (2005). Privatizando los servicios del Estado ¿es posible contratar servicios públicos? *Derecho & Sociedad*, 349-359.
- Fischel, W. (2004). Expropiaciones y elección pública: la persuasión del precio. *Thémis Revista de Derecho*(48), 117-122.
- Herodoto. (2006). *Los nueve libros de la historia*. (E. Aleph, Ed., & P. B. Pou, Trad.)
- Huapaya Tapia, R. A., & Sánchez Povis, L. A. (2016). El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. *Thémis Revista de Derecho*(69), 87-113.
- Huerta Guerrero, L. A. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307-334.
- Machado, R., & Toma, H. (2014). Crecimiento económico e infraestructura de transportes y comunicaciones en el Perú. *Economía*, XL(79), 9-46.
- Morón Urbina, J. C., & Aguilera, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (Primera ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Nalvarte Salvatierra, P. (2017). Evolución del marco legal de las concesiones y las asociaciones público-privadas en el Perú. *Derecho & Sociedad*(49), 359-379.

- Olaechea, J. A. (1988). El surgimiento del derecho a la libre competencia y sus escuelas básicas (primera parte). *Thémis Revista de Derecho*(11), 41-44.
- Pasquel Rodríguez, E. (2004). Expropiación: una visión económica alternativa. *Thémis Revista de Derecho*(48), 123-132.
- Resolución Ministerial N° 766-2018-MTC/01. (01 de octubre de 2018). Directiva que establece el procedimiento para la contratación de servicios, contrataciones de servicios de consultorías de obras y obras destinadas a la liberación de interferencias vinculadas con los procesos regulados en el Decreto Legislativo N° 1192 y.
- Revilla Vergara, A. T. (2011). La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*(66), 195-221.
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*(66), 55-87.
- Santiago Tawil, G. (2009). Los principios en el contrato de concesión de servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*(8), 307-3013.
- Snyder, Z. E. (Dirección). (2007). 300 [Película].
- Taboada Mier, J. C. (2020). No dejes para mañana, lo que puedes hacer hoy. La importancia de la planificación de la liberación de terrenos. *Derecho & Sociedad*(55), 417-431.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como instrumentos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Alternative dispute resolution mechanisms as instruments of the right to effective judicial protection

*Fabian Rolando Arias Razzo*¹

Resumen

El presente artículo de investigación tiene como objetivo determinar si los mecanismos alternativos de resolución de conflictos pueden ser vistos como instrumentos o herramientas de acceso a la justicia y por ende como parte integrante del ejercicio regular del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 139.3 de nuestra Constitución Política. La metodología empleada es de tipo cualitativa porque se pretende examinar las propiedades y singularidad (cualidad) del objeto de investigación para individualizarlo; asimismo, la presente investigación es exploratoria, toda vez que se pretende descubrir información sobre un objeto de estudio desconocido.

Siguiendo la línea del párrafo precedente, la presente investigación es básica, dado que no proponen soluciones al problema de investigación, tampoco se producirán conocimientos prácticos de utilización inmediata, por el contrario, se producirá nuevo conocimiento teórico.

Abstract

The objective of this research article is to determine if alternative conflict resolution mechanisms can be seen as instruments or tools for access to justice and therefore as an integral part of the regular exercise of the constitutional right to effective jurisdictional protection enshrined in article 139.3 of our Political Constitution. The methodology used was qualitative because it is

1 Código ORCID: 0000-0002-4469-1822. Bachiller de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle. Correo institucional fariasr@ulasalle.edu.pe

intended to examine the properties and uniqueness (quality) of the research object in order to individualize it; Likewise, the present investigation is exploratory since it is intended to discover information about an unknown object of study.

Following the line of the preceding paragraph, this research is basic, since solutions to the research problem are not going to be proposed, practical knowledge of immediate use will not be produced, on the contrary, new theoretical knowledge will be produced.

Palabras clave:

MARC's, tutela jurisdiccional efectiva, derechos, CADH, acceso a la justicia

Keywords:

MARC's, effective judicial protection, rights, CADH, access to justice

Sumario

1. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Concepto, finalidad y tipología, 1.1 Concepto, 1.2 Finalidad, 1.3 Tipología, 1.4 Principios comunes de los MARC's, 2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia, 3. Relación entre el derecho de acceso a la justicia y la finalidad de los MARC's, Conclusiones, Referencias bibliográficas

Introducción

La sobrecarga del sistema de administración de justicia o también denominado justicia ordinaria es evidente, no pudiendo escapar de la vista del legislador quien ante dicha realidad optó por reducir la sobrecarga fomentando el uso de métodos o mecanismos alternativos de resolución de conflictos o controversias (desde ahora MARC's, marcs o marc's) lo que dio origen a la Ley N° 26872 (en adelante, Ley de Conciliación²), el Decreto Legislativo N° 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje³ (en adelante, Ley de Arbitraje), las modificaciones efectuadas a la Ley N° 30225 Ley de contrataciones con el Estado⁴ para fomentar el arbitraje, la inclusión de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en el Reglamento de Organización

2 Disponible en el siguiente enlace <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detalle-norma/H776930>

3 Disponible en el siguiente enlace <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detalle-norma/H967713>

4 Véase, por ejemplo, los Decretos Legislativos N° 1341 y 1444.

y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁵ (desde ahora MINJUSDH), entre otros. Lo que da cuenta de una línea uniforme respecto de la puesta en valor de los MARC's en el ordenamiento jurídico peruano.

Tanto es así que la Ley de Conciliación establece las pautas que conciliadores y centros de conciliación deben considerar de forma estricta. Asimismo, en el contexto de las contrataciones con el Estado, la resolución de controversias a través del arbitraje se pacta como cláusula en el respectivo contrato que celebra la entidad con el contratista que obtuvo la buena pro.

Finalmente, a través de los MARCS's el legislador ha intentado con ahínco reducir la carga del Poder Judicial delegando sus competencias a estas vías en una primera instancia. Ahora bien, en el caso concreto de los MARC's ¿El uso recurrente de estos métodos o mecanismos en nuestra legislación implica que la ciudadanía puede ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ante esta instancia o el ejercicio de dicho derecho solo se reserva a la vía judicial? Esa es la pregunta que se resolverá en el desarrollo del presente artículo.

Para alcanzar el objetivo propuesto, primero se conceptualizó a estos mecanismos; en segundo lugar, se conceptualizó el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así como al derecho de acceso a la justicia; como tercer punto se estableció una relación entre el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la finalidad de estos métodos alternativos; finalmente se ofrecieron las conclusiones correspondientes.

1. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Concepto, finalidad y tipología

1.1 Concepto

Para iniciar con un concepto de marcs, nos remitiremos a García (2002) quien afirma que los marcs pueden definirse como:

El conjunto de fórmulas que se encuentran reglamentadas legalmente, mediante las cuales se administra justicia a la generalidad de los ciudadanos, no están integradas en la justicia ordinaria y sus actos no se imponen a través de la fuerza coactiva del Estado (p. 157).

⁵ Disponible en el siguiente enlace <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1113774-reglamento-de-organizacion-y-funciones-del-minjUSDH>

Por otro lado, Márquez y De Villa (2013) afirman que los marcs son procedimientos diferentes a la vía judicial encaminados a resolver conflictos, Diaz (2020) refiere que los marcs son mecanismo o procesos de comunicación que pone énfasis en la colaboración y el diálogo entre las partes.

Finalmente, Tamez, Montalvo, Leyva y Hernandez (2018) en la línea de otros autores, desarrollan un concepto de marcs fundado en su calidad de procedimientos cuyo propósito versa en resolver conflictos sin necesidad de acudir a la vía judicial.

Con los conceptos anotados, así como mediante el análisis de cada elemento que conforma el término “marcs”, se puede sostener *prima facie* que estos son mecanismos, debido a que son procesos mediante los cuales se materializa una actividad final: resolver conflictos. Asimismo son alternativos porque constituyen una forma de resolver controversias fuera de la justicia ordinaria, son una alternativa a esta y en algunos casos constituyen una vía previa obligatoria⁶; son mecanismos de resolución porque pretenden ayudar a las partes a buscar una solución a un conflicto que intentaron manejar y resuelven conflictos o controversias porque estos mecanismos se activan (como en el caso de la justicia ordinaria) ante la existencia de discordancias entre las partes respecto a un asunto o interés, como menciona Carbonell (2021) el conflicto es el evento detonante para la aplicación de los marcs dada la necesidad y el correlato del conflicto que es buscar una solución a este.

Con relación al concepto esbozado, los marcs no son *per se* formas de administrar justicia, dado que ello vulneraría el artículo 138⁷ de nuestra Constitución Política, toda vez que solo el Poder Judicial administra justicia

6 Ley 26872

Artículo 6.- Falta de intento Conciliatorio

Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

7 Artículo 138°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

(...)

a nombre del pueblo, es decir, que el Poder Judicial detenta el monopolio de la administración de justicia así como el Ministerio Público detenta el monopolio del inicio de la acción penal pública.

1.2. Finalidad

Como antecedente inmediato del surgimiento de los marcs y, por ende, de su finalidad, Franciskovic (2019) y Díaz (2020) señalan que surgieron para descongestionar la carga procesal del Poder Judicial de los Estados Unidos de América en la década de 1970. A mayor abundamiento, Diaz (2020) menciona que la corriente administrativista de justicia surgió en los Estados Unidos de América para formular una crítica a la congestión de los tribunales en relación con la cantidad de casos que estos procesaban, lo que impedía lograr una justicia célere, como instrumento de dicha corriente y bajo dicho contexto es que habrían surgido los marcs.

Posterior al surgimiento de este primer movimiento y con una serie de fundamentos más maduros, habría surgido el movimiento *Alternative Dispute Resolution* o ADR (Diaz, 2020; Soledad, 2020) el cual se encargó de hacer un diagnóstico de las principales causas de las deficiencias en la administración de justicia, así como de ofrecer propuestas de solución a estos y un catálogo inicial de marcs tales como la mediación, la negociación y la conciliación, entre otras acciones (Diaz, 2020; Soledad, 2020).

La Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) a través de un informe afirma que la mayoría de estados americanos busca con la implementación de los marcs que el sistema de administración de justicia se descongestione y por ende lograr un mayor acceso a la justicia (2001).

El punto referido al mayor y mejor acceso a la justicia que señala la OEA es de significativa importancia, dado que, conforme se abordará, existe una relación entre el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

De esta manera, una primera finalidad de los marcs es que los justiciables pueden acceder a la resolución de sus conflictos y la segunda finalidad es que la justicia ordinaria pueda reducir su carga.

En ese orden de ideas, Franciskovic (2019) refiere que:

Definitivamente, lo que se busca a través de estos MARC's es que las partes inmersas en un conflicto con relevancia jurídica y de derecho

disponible no recurran al Poder Judicial como única vía de solución, sino que previamente intenten conversar, negociar, conciliar, recurrir a un tribunal arbitral y como última alternativa recién acudir al Poder Judicial, en busca de tutela (s/p)

La cita anterior refuerza la hipótesis respecto a la primera finalidad de la implementación de los marc's, dotar de mayores herramientas a los justiciables a fin de que estos pueden obtener un acceso más amplio a vías de resolución de sus conflictos.

Continuando, de acuerdo a Torregrosa (2012) los marc's forman parte de políticas públicas encaminadas a proveer un mayor acceso a la justicia, lo que sirve como un segundo refuerzo y reafirma la hipótesis vertida al principio de este acápite por lo que la doble finalidad de los marc's queda plenamente corroborada.

Para finalizar el presente acápite es importante resaltar una de las ideas desarrolladas por Carbonell (2021) respecto a que los marc's son mecanismos generados en el contexto actual de crisis del Estado y en cierta medida de la justicia ordinaria, pero cuyos orígenes son de larga data y por ello es que se han adecuado al contexto actual.

1.3. Tipología

Según García (2001) los marc's se pueden clasificar de acuerdo a la intervención de terceros en la solución del conflicto, por ello es que se dividen en autocompositivos y heterocompositivos; en el primer grupo las partes buscan la solución del conflicto y en el caso del segundo tipo es un tercero quien resuelve el conflicto e impone su decisión a las partes.

El caso de los métodos autocompositivos se puede materializar en la mediación y la conciliación. Si bien existe la posibilidad de que intervengan terceros, estos no pueden imponer soluciones a las partes, se limitan a proponerlas en el caso de la conciliación y/o a abrir un canal de comunicación entre las partes en el caso de la mediación. En cambio, en los heterocompositivos se busca que un tercero resuelva el conflicto con lo que ello implica, es decir, que dicho tercero imponga la solución; este es el caso del arbitraje (Montes de Oca, 2013).

A modo didáctico se procede a elaborar la siguiente lista enunciativa de MARC's:

- Mediación
- Conciliación
- Arbitraje
- Justicia comunitaria⁸
- Consulta
- Negociación
- Autotutela
- Desistimiento
- Transacción
- Allanamiento

1.4. Principios comunes de los MARC's

Soledad (2020) anota principios comunes a los marc's y, a su vez, señala que dependiendo de cada fuero en el que se apliquen (materia de familia, laboral, etc.) estos pueden aumentar de acuerdo a dichas materias.

Entre estos principios tenemos:

- a) **Confidencialidad:** Aquí se hace referencia al deber de reserva del tercero o de las partes hacia lo actuado en las audiencias celebradas, así como en los diálogos sostenidos entre estos y el tercero, sin participación de la contraparte. La finalidad de este principio es que las partes tengan la mayor certeza de que lo discutido y compartido no será de público conocimiento, lo que les ayudará a entrar en confianza y por ende podrán demostrar una mayor apertura y compromiso hacia el procedimiento de diálogo (Soledad, 2020).

Este principio también se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2^o de la Ley de Conciliación y en el artículo 2

8 Para mayor información consúltese el siguiente artículo <https://www.redalyc.org/journal/279/27957770012/27957770012.pdf>

9 Artículo 2.- Principios.- La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

inciso d)¹⁰ del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-2021-JUS (en adelante, el TUO del Reglamento de la Ley de Conciliación), inclusive la norma va más allá de la conceptualización y alcance del principio anotada por la doctrina y comprendo adicionalmente a quienes participan en el procedimiento conciliatorio fuera de las partes y el conciliador.

- b) Voluntariedad: Los alcances de este principio repercuten en que las partes pueden optar por acceder y participar en el procedimiento, ello también implica que las partes pueden abandonar el procedimiento cuando lo estimen conveniente.

La exigencia de agotar esta vía antes del inicio de acciones legales en la vía judicial no implica imponer al ciudadano alguna obligación de participar en el procedimiento, solo de optar por este antes de recurrir a la vía judicial, pudiendo optar por no presentarse o no participar ante el requerimiento del tercero o de la contraparte de iniciar el diálogo (Soleidad, 2020).

Ni la Ley de Conciliación ni la Ley de Arbitraje reconocen este principio en sus respectivos *corpus; sin embargo*, existen ciertas disposiciones que implícitamente abordan este principio, como el artículo 13¹¹ de la Ley de Arbitraje, que reconoce el empleo de cláusulas arbitrales las cuales deben ser acordadas por las partes lo que implica que estas deben manifestar que voluntariamente desean recurrir a dicha vía en caso de existir alguna controversia entre estas.

Por su parte, la Ley de Conciliación en su artículo 3¹² deja a entrever que existe voluntariedad en lo que respecta a los acuerdos adoptados,

10 d) Principio de confidencialidad. - La información derivada del procedimiento conciliatorio es confidencial y no debe ser revelada a persona ajena a las negociaciones, sin el consentimiento de quien proporciona dicha información. La confidencialidad involucra al conciliador, a las partes invitadas, así como a toda persona que participe en el procedimiento conciliatorio, salvo las excepciones establecidas en este reglamento.

11 Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

12 Artículo 3.- Autonomía de la Voluntad. - La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

así como al empleo de dicha vía. El artículo 3¹³ del TUO del Reglamento de la Ley de Conciliación contiene similar desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes en el procedimiento conciliatorio en cuanto al acuerdo conciliatorio.

- c) Equilibrio de poder o Igualdad: Si el tercero advierte alguna asimetría o situación de desigualdad entre las partes, entonces debe instar a corregirla. Dicho deber de verificación y corrección no es de alcance netamente formal como en el caso de los procesos judiciales en los cuales la labor del juez en este extremo se limita a comprobar que las partes cuenten con un abogado y tengan las mismas posibilidades de interponer recursos, presentar pruebas y en general de participar de igual forma en el proceso¹⁴¹⁵¹⁶, en el caso de los procedimientos en el marco de los marc's (Soledad, 2020).

13 Artículo 3.- El acuerdo conciliatorio

El acuerdo conciliatorio es fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar sus diferencias. El Acta de Conciliación que contiene dicho acuerdo está sujeta a la observancia de las formalidades previstas en el Artículo 16 de la Ley bajo sanción de nulidad.

14 Si bien se concuerda con la autora en ciertos extremos de sus afirmaciones, se debe acotar que las exigencias propias del principio de igualdad procesal en la vía judicial se han extendido de un nivel formal a uno material, dado que existe abundante jurisprudencia respecto a la nulidad de los procesos judiciales por presentarse casos de defensa ineficaz tales como: el Recurso de Nulidad 1432-2018, Lima; Expediente 00086-2022-PHC/TC, Casación 864-2016, Del Santa, entre otros.

Esto significa que, por ejemplo, el derecho de defensa no se agota en la verificación de que las partes cuenten con un abogado, sino que esta ejerza la defensa de forma eficaz, por ende la tendencia está cambiando en *pro* de la tutela de los derechos de las partes y en aras de que estas gocen de igualdad material.

15 En los diferentes ordenamientos procesales se puede vislumbrar el reconocimiento del principio de igualdad bajo diferentes denominaciones, por ejemplo, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual contempla el principio de socialización del proceso, o el artículo I.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

16 Respecto a la conceptualización de la igualdad material frente a la igualdad formal, entre otras temas relacionados, véase el siguiente artículo <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730>

Dicho principio tiene su respectivo correlato en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 2¹⁷ de la Ley de Conciliación, el artículo 2 inciso a)¹⁸ del TUO del Reglamento de la Ley de Conciliación y en los artículos 23¹⁹ y 34 inciso 2 de la Ley de Arbitraje.

- d) Protagonismo de las partes: Este principio hace referencia y tiene como exigencia que las partes de forma personalísima asistan a las audiencias y participen activamente en el procedimiento. Este principio limita el rol de los abogados a asistir a las partes (Soledad, 2020).
- e) Imparcialidad/Neutralidad: Estos principios hacen referencia tanto a la actitud de no tomar partido por ninguna de las partes como por la actitud de no tener preferencias por las partes pese a las convicciones o preferencias propias (Soledad, 2020).

La Ley de Conciliación hace referencias expresas a estos principios en su artículo 2 y en el artículo 2 incisos e) y f)²⁰ del TUO del Regla-

17 Artículo 2.- Principios. - La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de **equidad**, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía. Resaltado añadido.

18 a) Principio de equidad. - En el procedimiento conciliatorio se vela por el respeto del sentido de la Justicia aplicada al caso particular, materia de Conciliación. El conciliador está obligado a generar condiciones de igualdad para que los conciliantes puedan lograr acuerdos mutuamente beneficiosos.

19 Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el **principio de igualdad**. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

Resaltado añadido.

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

(...)

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con **igualdad** y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

(...)

Resaltado añadido.

20 e) Principio de imparcialidad. - El conciliador no debe identificarse con las posiciones de las partes. El conciliador tiene el deber de ayudar a las partes conciliantes a que identifiquen sus intereses comunes por encima de sus posiciones propiciando el diálogo y comunicación entre ellas, generando confianza entre las mismas, sin imponer propuesta

mento de la Ley de Conciliación; por su lado, la Ley de Arbitraje hace múltiples referencias a este principio en sus artículos 25, 28 y 29, aunque sin desarrollarlo.

2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia

En principio, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra estipulado en el artículo 139 de la Constitución Política en los siguientes términos: “ Artículo 139°. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” (1993).

El Tribunal Constitucional (desde ahora Tribunal o TC) en la sentencia recaída en expediente 8123-2005-HC/TC (2005) refiere que el ámbito o margen del derecho de tutela jurisdiccional efectiva comprende el acceso a los órganos jurisdiccionales y la eficacia del cumplimiento de aquello que se decida en dicha instancia. El mismo Tribunal, en la sentencia recaída en el expediente 0763-2005-PA/TC (2005) ratifica la afirmación anterior, añadiendo que este derecho no implica que lo decidido deba favorecer a la parte que dio inicio al proceso.

Coca (2021) afirma que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva evoca la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional para tutelar nuestros derechos, aunque el mencionado derecho no se agota en esa exigencia hacia el Estado.

Para sintetizar lo anterior, la tutela judicial o jurisdiccional efectiva debe ser entendida como el derecho de cualquier ciudadano de acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela en un primer momento y en un segundo momento el derecho a que aquello decidido por la autoridad judicial sea efectivamente cumplido.

Sobre el derecho de acceso a la justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) menciona en la sentencia del

de solución alguna. La conciliación se ejerce sin discriminar a las personas y sin realizar diferencias.

f) Principio de neutralidad. - El conciliador debe, en principio, abstenerse de conocer los casos en los que participan personas vinculadas a él o su entorno familiar, al personal del centro de conciliación, o en los que participen conciliantes con los cuales lo vincule parentesco, salvo que las partes soliciten expresamente la intervención de aquél.

caso Cantos vs. Argentina (2002) que dicho derecho encuentra baremo convencional en el artículo 8.1²¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y que este derecho comprende la prohibición u obligación de no hacer del Estado, de no imponer trabas a la interposición de recursos, es decir, de no interferir respecto al acceso del justiciable a mecanismos de protección de sus derechos humanos.

Nava y Breceda sostienen que el acceso a la justicia implica la potestad de acudir a “instituciones estatales y paraestatales que administran justicia para una defensa digna durante el procedimiento judicial” (2017, p. 206)

En palabras de Ventura (2005) el derecho de acceso a la justicia comprende: “la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular” (p. 03).

Cornelio (2014) haciendo una síntesis señala que: “El acceso a la justicia es un Derecho Humano subjetivo que garantiza a la persona el puente para encontrar una forma de solucionar sus dificultades cotidianas en las que se requiere el orden y participación del Estado” (p. 82).

Bernales (2019) hace una apuesta más arriesgada y afirma que los derechos contemplados en los artículos 8 y 25²² de la CADH son de forma conjunta la fuente del derecho de acceso a la justicia.

21 Artículo 8. Garantías Judiciales

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 sustanciación 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.

22 Artículo 25. Protección Judicial

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

Entonces, y bajo la literatura evocada, se puede concluir que los derechos de acceso a la justicia y tutela jurisdiccional efectiva comprenden ámbitos diferentes de actuación, puesto que el acceso a la justicia implica el acceso del justiciable a mecanismos de solución de conflictos, ya sean alternativos o no, es decir jurisdiccionales o marc's mientras que el segundo derecho bajo análisis implica el acceso exclusivo a la vía jurisdiccional.

Por ende, se puede evidenciar la correspondencia entre los marc's y el derecho convencional de acceso a la justicia.

Ahora bien, ¿Qué relación existe entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia?

Si bien estos derechos en cierto extremo tiene diferentes ámbitos de aplicación, ello no implica que no tengan relación alguna, por el contrario, el derecho de acceso a la justicia se enmarca como una antesala a la justicia ordinaria y en la medida que sea inconveniente para el justiciable o para el sistema judicial acceder a la tutela judicial, el derecho de acceso a la justicia podrá satisfacer tanto la inconveniencia del justiciable en la medida que acudir a marc's es menos oneroso y más célere que la justicia ordinaria como la inconveniencia del sistema judicial al reducir la carga procesal y así poder orientar sus recursos a conflictos de mayor complejidad imposibles de resolver mediante los marc's .

Entonces, los marc's son un instrumento de satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dado que mediante la reducción de la carga procesal se podrán atender conflictos de mayor complejidad, lo que satisfará a otros litigantes expectantes de justicia y a su vez permitirá satisfacer anticipadamente conflictos que pueden ser resueltos a través de los marc's eliminando la necesidad de los litigantes satisfechos de acudir a la justicia ordinaria.

Antes de pasar a la siguiente sección del presente trabajo, se debe anotar que en determinados sistemas judiciales el acceso a ciertas vías judiciales o el acceso a la vía judicial en general se puede ver imposibilitado debido a una constelación de razones tales como los estados de emergencia o excepción, la sobrecarga procesal, la excesiva formalidad u onerosidad de los procesos, entre otras, lo que puede ocasionar que ciertos litigantes

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

vean a los marc's como el único mecanismo de resolución de conflictos al que puede acceder.

Con relación al punto abordado se debe concluir que en determinados casos (imposibilidad de acceso a la vía judicial) los marc's serán el único mecanismo real disponible para obtener tutela y por ende el derecho a la tutela judicial efectiva se instrumentalizará de forma directa en estos mecanismos.

Para concluir esta sección, el derecho a la tutela judicial efectiva se relaciona indirectamente con los marc's en la medida que estos mecanismos permiten descongestionar la carga procesal y por ende que la necesidad urgente de tutela de los litigantes sea satisfecha por el sistema judicial; asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva se relaciona directamente con los marc's en la medida que estos mecanismos fuesen los únicos disponibles para que los justiciables puedan obtener tutela y resolver sus conflictos.

3. Relación entre el derecho de acceso a la justicia y la finalidad de los MARC's.

De la revisión de la información obtenida se puede concluir en este punto que los marc's son instrumentos al servicio del justiciable y constituyen ejemplos de la materialización del derecho convencional de acceso a la justicia por constituir una vía previa a la justicia ordinaria. Tal tesis es respaldada por Olivari (2017) dado que este afirma lo siguiente:

Toda persona tiene como derecho fundamental el acceso a la justicia, para el cumplimiento de este derecho, el Estado no sólo garantiza asesoría legal en las instancias, sino que debe promover la implementación de mecanismos alternativos a la función jurisdiccional. (p. 116)

Por su parte, Nava y Breceda (2017) refieren que:

Es importante mencionar que en un análisis normativo nos encontramos con un modelo jurídico que recobra importancia, ya que permite configurar el derecho del acceso a la justicia y brinda la oportunidad al Estado mexicano de cumplir con lo que jurídica y socialmente se encuentra obligado, nos referimos a la aparición de los mecanismos de solución alternativa, dispositivos jurisdiccionales

que surgen para consolidar el acceso a la justicia de forma eficiente y cercana a las necesidades de la población. (p. 207)

Asimismo, es importante rescatar una de las conclusiones de Lescano-Galeas (2017) quien afirma que:

El acceso a la justicia constituye un derecho humano fundamental, que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o quebrantados, indispensables para la vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático como el ecuatoriano. En este sentido el sistema de justicia debe incluir mecanismos auto compositivos que permitan además mantener la cohesión social. (p. 17)

De las citas anteriores se puede concluir que el acceso del justiciable a los marcos es una forma en la que el derecho convencional de acceso a la justicia se materializa y que, contrario al desarrollo de la Corte IDH en la sentencia del caso Cantos vs. Argentina, dicho derecho no se agota en la obligación de abstención del Estado de no interferir con el acceso a dichos mecanismos, sino que implica la obligación prestacional del Estado de erigir políticas públicas que fomenten el uso de los mismos.

Haciendo un breve paréntesis en el presente trabajo, en principio se puede sostener que al derecho de acceso a la justicia solo le corresponde su materialización mediante obligaciones negativas o de abstención, es decir, que el Estado no impida su ejercicio, esto se conoce como obligaciones de no hacer y estas se corresponden históricamente con los derechos civiles y políticos o también denominados derechos de primera generación establecidos en el capítulo II de la CADH tales como el derecho de acceso a la justicia como objeto de estudio.

Así como a los derechos de primera generación se los identifica con obligaciones de no hacer, a otras generaciones de derechos como los derechos económicos, sociales y culturales se los identifica casi exclusivamente con obligaciones de hacer u obligaciones positivas o prestacionales (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2018).

El ejemplo del derecho de acceso a la justicia y la necesidad de promover políticas públicas en favor de su materialización a favor de los justiciables, representa la ruptura del vetusto orden respecto a la

categorización rígida de las diferentes generaciones de derechos con un determinado tipo de obligación o deber del Estado hacia estos (derechos de primera generación - obligaciones de no hacer, derechos de segunda generación - obligaciones de hacer).

Continuando con el desarrollo del tema, la interpretación de los artículos 8 y 25 de la CADH propuesta por la doctrina respecto a la relación entre el derecho de acceso a la justicia y los marcos así como a las obligaciones del Estado con respecto a dichos mecanismos, se puede sustentar en la interpretación *pro homine*, este es un principio interpretativo que se encuentra desarrollado en el artículo 29²³ de la CADH y en resumidas cuentas implica que las disposiciones de la CADH deben interpretarse de forma tal que permita a las personas el mayor goce y ejercicio de sus derechos (Drnas, 2015). En el presente caso, y como se refirió, el derecho de acceso a la justicia no puede reducirse a la abstención del Estado de poner obstáculos en el acceso a la marcos, sino que debe esforzarse por su difusión, acceso y en general por su promoción entre la ciudadanía.

La interpretación esbozada respecto a las obligaciones positivas que impone el derecho de acceso a la justicia hacia el Estado es una interpretación que permitirá tanto a los justiciables cuyos conflictos pueden o deben resolverse ante los marcos así como a los litigantes ante el sistema judicial resolver sus conflictos con mayor celeridad, en mejores condiciones y con mejores resultados, lo que les otorgara un mayor goce de una multitud de derechos tales como el mismo acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva y los derechos subjetivos objeto de *litis*, por ende esta interpretación del derecho de acceso a la justicia es acorde a la inter-

23 Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

pretación de la doctrina y estas son acordes a una correcta aplicación del principio *pro homine*.

Conclusiones

Los marc's son mecanismos a través de los cuales los ciudadanos pueden resolver sus conflictos sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria, aunque estos por si solos no son formas de administrar justicia, sino de resolución de conflictos *inter privados*.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite el acceso del justiciable a la administración de justicia e implica que lo decidido por la autoridad correspondiente será eficaz. Es decir, que será cumplido (derecho a la eficacia de las resoluciones judiciales).

El derecho de acceso a la justicia engloba el acceso a los marc's como paso previo a acudir a la administración de justicia. En resumidas cuentas, los marc's son herramientas de la justicia ordinaria.

Los marc's se relacionan tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva como con el derecho de acceso a la justicia en diferentes grados acorde al contexto fáctico existente.

Los marc's como expresión del derecho de acceso a la justicia no pueden reducirse a meras obligaciones de abstención por parte de los Estados, por el contrario, estos deben comprometerse en su constante promoción ante la ciudadanía.

El valerse de los marc's puede constituirse como una forma de vía previa obligatoria para acudir a la vía judicial, ello en aras de que el justiciable tenga un acceso efectivo a una forma de resolver sus conflictos y que la administración de justicia pueda ver reducida su carga procesal lo que redundaría en beneficios tanto para el justiciable, el litigante como para el sistema de justicia.

Referencias bibliográficas

Bernales, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, Núm. 25, Vol. 3, pp. 277-306. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277>

- Carbonell, E. (2021). La Mediación como Medio de Tutela Efectiva. *Revista Derecho*, pp. 111-124. Recuperado de <https://fde.unsa.edu.pe/revista-derecho-edicion-marzo-2021/>
- Coca, S. (2021). ¿Qué es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva? (artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil). Inicio-Civil-Procesal Civil. lpderecho.pe. Recuperado de <https://lpderecho.pe/derecho-tutela-jurisdiccional-efectiva-articulo-i-titulo-preliminar-codigo-procesal-civil/>
- Cornelio, E. (2014). LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMO DERECHO HUMANO. *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Núm. 17, pp. 81-95. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322132552006>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf
- Constitución Política del Perú (1993). <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Díaz, A. (2020). Mecanismos colaborativos: nuevos paradigmas y rol del Juez. *Academia Judicial*, pp. 4-17. Recuperado de <https://intranet.academiajudicial.cl/Imágenes/Temp/MASC.pdf>
- Drnas, Z. (2015). La complejidad del principio pro homine. *Jurisprudencia argentina*, p. 98-111. Recuperado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/68371>
- Franciskovic, B. (2019). Qué son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC's), por Beatriz Franciskovic Ingunza. lpderecho.pe. Recuperado de <https://lpderecho.pe/mecanismos-alternativos-resolucion-conflictos-marc's/>
- García, J. (2001). Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. *Derecho y Sociedad*, Núm. 16, pp. 141-147. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17053/17350>

- García, R. (2002). Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. *El otro derecho*, Núm. 26-27, pp. 149-177. Recuperado de <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/4Rosario-Garcia.pdf>
- Lescano-Galeas, N. (2017). *LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MEJORAMIENTO DEL SISTEMA DE JUSTICIA: LA PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA*. En Diego Jimenez Bosquez. II Congreso: CIENCIA, SOCIEDAD E INVESTIGACIÓN UNIVERSITARIA, Ecuador.
- Marquez, M., y Villa, J. (2013). Medios alternos de solución de conflictos. En J. Ochoa, C. Steiner y E. Ferrer (Ed.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (pp. 1587-1601). México, México: Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/34820>
- Montes de Oca, A. (2013). Mecanismo alternativos de solución de conflictos. *Lumen*, (9), pp. 111-118. Recuperado de <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.512>
- Nava, W. y Breceda, J. (2017). Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana. *Cuestiones constitucionales*, Núm. 37, pp. 203-228. Recuperado de <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11457>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2018). *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado de <https://acnudh.org/36328/>
- Olivari, V. (2017). *OBLIGACIÓN DEL CONCILIADOR PRESCRITA EN EL ARTÍCULO 44 NUMERAL 4 DEL D.S. 014-2008-JUS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE ACCESO DE JUSTICIA* (Tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte. Recuperado de <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/12407/Olivari%20Arias%20Victor%20Antonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2001). *MÉTODOS ALTERNATIVOS*

DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES AMERICANOS. Recuperado de https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Flegal%2Fspanish%2Fosaj%2Fres_conflictos_remja_2002.doc&wdOrigin=BROUSELINK

Petzold, M. (2004). *Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración*

en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El arbitraje y la mediación. Frónesis, Núm. 11, Vol. 2, pp. 76-103. Recuperado de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682004000200005&lng=es&tlng=es.

Tamez, G., Montalvo, D., Leyva, O., y Hernández, A. (2018). Análisis comparativo sobre los métodos alternativos para la solución de conflictos a partir de la legislación de los Estados de la República Mexicana. *Justicia*, (34), pp. 385-404. Recuperado de <https://doi.org/10.17081/just.23.34.2899>

Torregrosa, N. (2012). *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Un camino para facilitar el acceso a la justicia*. Verba Iuris, Núm. 27, pp. 89-104. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/issue/view/170>

Tribunal Constitucional (2005) EXP. N° 763-2005-AA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00763-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2005) EXP. N° 8123-2005-HC/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.pdf>

Soledad, M. (2020). MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CHILE. *Academia Judicial*, pp. 69-89. Recuperado de <https://intranet.academiajudicial.cl/Imágenes/Temp/MASC.pdf>

Ventura, M. (2005). *LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA E IMPUNIDAD*. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), *Acceso a la Justicia e Impunidad*. Simposio o conferencia llevado a cabo en el congreso Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, Costa Rica. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>

