

# IUS ET VERITAS

## ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO





Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS





# Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255  
Carátula hecha por Diego Cabeza Urquiaga y Malú Cruzalegui Solari  
Diagramación por Tarea Asociación Gráfica Educativa

La Revista se terminó de digitalizar en diciembre de 2022.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en LATINDEX. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. De esta manera, somos la primera Asociación de estudiantes de Derecho del Perú cuya revista está indexada.

Asimismo, contamos con la indexación oficial en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja. De esta manera, la calidad de la Revista IUS ET VERITAS queda acreditada por uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra, además, indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (DOAJ) Directory of Open Access Journals, el cual es un directorio en línea que indiza y provee de acceso a revistas arbitradas y de reconocida calidad académica con contenidos publicados en acceso abierto.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a la Información Científica para la Innovación del Concytec.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av.Universitaria 1801, San Miguel, Lima.  
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464  
Correo electrónico: [publicaciones@iusetveritas.com](mailto:publicaciones@iusetveritas.com)  
Dirección electrónica: <http://iusetveritas.com> / <http://ius360.com>

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden acercarse a nuestra oficina en el campus universitario o enviar un correo electrónico a [publicaciones@iusetveritas.com](mailto:publicaciones@iusetveritas.com). No existe ninguna restricción con relación a la extensión de los trabajos, ni a su diagramación. Sin embargo, se recomienda una extensión de 20 páginas en fuente Arial 11, a espacio simple. Agradecemos todo envío sin comprometerlos a publicarlo.

La Asociación IUS ET VERITAS no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.



*No es este tu país  
porque conozcas sus linderos,  
ni por el idioma común,  
ni por los nombres de los muertos.*

*Es este tu país,  
porque si tuvieras que hacerlo,  
lo elegirías de nuevo  
para construir aquí  
todos tus sueños.*

Marco Martos - El Perú

# Equipo editorial

## Editor General

Carlos Andrés Loayza Ormachea, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
cloayza@iusetveritas.com

## Equipo Editorial

Adriana Camila Rojas Choquehuanca, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
arojas@iusetveritas.com  
Arantxa Silvana Mendoza Altuna, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
amendoza@iusetveritas.com  
Lucía Guadalupe Unzueta Zari, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
lunzueta@iusetveritas.com  
Luciana Brenda Chávez Gálvez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
lchavez@iusetveritas.com  
Sebastián Castro Quiñonez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
scastro@iusetveritas.com

## Comité Editorial

María del Carmen Boldó Rosa, Universitat Jaume I (Castellón de la Plana, España)  
boldo@uji.es  
Enrique Varsi Rospigliosi, Universidad de Lima (Lima, Perú)  
evarsi@ulima.edu.pe  
Eugenia Silvia Ariano Deho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
eariano@pucp.edu.pe  
Milay Burgos Matamoros, Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)  
mburgosm@derecho.unam.mx  
Mônica Clarissa Hennig, Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)  
moniah@unisc.br  
Guillermo Boza Pró, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
boza.g@pucp.edu.pe  
Jaime Pintos Santiago, Universidad a Distancia de Madrid (Madrid, España)  
jaime.pintos@udima.es  
José Ugaz Sánchez-Moreno, Benites, Vargas y Ugaz Abogados (Lima, Perú)  
jugaz@bvu.pe

## Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)  
roberto.romboli@unipi.it  
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)  
parisi@umn.edu  
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)  
K.nitschmann@umwelt-campus.de  
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)  
repstein@uchicago.edu  
Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)  
jorge.agudo@uam.es  
Miluska Orbegoso Silva, Universidad de las Américas Puebla (Puebla, México)  
miluska.orbegoso@udlap.mx  
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)  
wkovacic@law.gwu.edu  
Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)  
gpriori@mafirma.com.pe  
Marianella Ledesma, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)  
mledesma@pucp.pe

# Índice

## Artículos

<i>Ejercicio de la autoridad y el poder político: ¿Cómo gobernar con confianza y esperanza en tiempos de crisis?</i>	18
<b>Francisco Sagasti</b>	
<i>Los mecanismos de articulación y coordinación intergubernamental de políticas nacionales y territoriales en el Perú</i>	23
<b>Yuri Alejandro Chessman Olaechea</b>	
<i>Política Nacional de Transformación Digital: Aspectos centrales para la equidad digital</i>	41
<b>Marushka Chocobar Reyes</b>	
<i>El sistema de integridad pública en el Perú: una propuesta para fortalecer la gobernanza con integridad</i>	57
<b>Eloy Munive Pariona</b>	
<i>Políticas públicas para la gestión de conflictos: entre la institucionalización y el estancamiento</i>	70
<b>Giselle Huamani Ober y Sandro Macassi Lavander</b>	
<i>Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: análisis del debate jurisprudencial</i>	83
<b>Rafael Chanjan Documet</b>	
<i>Cuando el Estado te llama: Calidad en los servicios de cuidado en la primera infancia en la pandemia. Caso del programa JUNTOS</i>	102
<b>Patricia Balbuena Palacios</b>	
<i>Conflictos interpretativos, vacíos normativos y tareas pendientes para fortalecer el régimen legal en materia de evaluación de impacto ambiental</i>	115
<b>Erick Leddy García Cerrón</b>	

<i>Gobierno Corporativo y Corrupción Empresarial en las Empresas Estatales</i>	
<b>Gian Carlo Vega Carrasco y Edison Tabra Ochoa</b>	134
<i>La eficacia del buen gobierno corporativo en las empresas del Estado: los casos de FONAFE y Petroperú</i>	150
<b>Carlos Gárate Salvatierra</b>	
<i>La actividad de fiscalización y derechos de los administrados: las actas de inspección</i>	166
<b>Paul Villegas Vega</b>	
<i>La actividad extraterritorial de la Administración Pública: un acercamiento a los actos administrativos transnacionales</i>	176
<b>Giancarlo Vignolo Cueva</b>	
<i>La compraventa sobre el bien ajeno en el Perú y sus fuentes: ¿validez o ineficacia?</i>	191
<b>Marco Villota Cerna</b>	
<i>Aciertos y defectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales en el Perú</i>	215
<b>Nicole Alexandra Sierra Roque</b>	
<i>La aplicación de sanciones tributarias en el marco del procedimiento de fiscalización: afectación al derecho de defensa de los contribuyentes</i>	233
<b>Julio César Casma Rocha</b>	

# Prolólogo

## Un Estado al servicio de la ciudadanía

**Beatriz Merino Lucero<sup>(\*)</sup>**

La implementación de la estrategia adoptada por el gobierno peruano para combatir el COVID-19 encontró un obstáculo importante: la falta de confianza ciudadana en las instituciones públicas. Esta desconfianza ha debilitado la relación entre el Estado y el ciudadano, así como también el vínculo entre los funcionarios públicos y las instituciones estatales en las que desempeñan sus importantes funciones. Fuimos testigos de cómo la capacidad de respuesta del sector público para satisfacer las necesidades de los ciudadanos se vio reducida drásticamente generando un lamentable saldo de fallecidos por la pandemia.

¿Cómo restaurar esa debilitada relación entre Estado y ciudadanía ahora que nos aproximamos al fin de la pandemia? Una tarea titánica, pero no imposible. Un trabajo en el que requerimos la intervención de políticos, técnicos y servidores públicos para devolver esa confianza que permite la convivencia pacífica y el mejor relacionamiento de los ciudadanos en una comunidad que reconoce y respeta a su autoridad, y en el que una autoridad cumple su deber frente a la ciudadanía.

La institucionalidad es una herramienta poderosa para alcanzar este objetivo. Un grado avanzado de institucionalidad significa contar con instituciones socialmente eficaces y, en consecuencia, con prosperidad, lo que es distinto a tener -simplemente- instituciones. Construir institucionalidad requiere que el Estado se reforme y se constituya en el auténtico garante del orden, la seguridad y de crear las condiciones para que el ciudadano, en libertad, logre su desarrollo individual, familiar y social.

Toda colectividad, pobre o rica, posee instituciones, vale decir, reglas formales y no formales que permiten la convivencia respetuosa y pacífica entre personas y grupos de una sociedad. Una colectividad sin instituciones, o una que las pierde o las reemplaza por otras que no permiten la vida en comunidad, es presa de abusos y enfrentamientos continuos entre sus miembros y también facilita que el propio Estado se vuelva contra sus ciudadanos y ciudadanas. En ella predomina el incumplimiento de las normas, brotan la violencia y el caos, para finalmente tender a la decadencia y a la inviabilidad de su prosperidad.

Por tanto, el objetivo de quienes ejercen la función pública y de las entidades a las que representan debe ser construir y alcanzar la plena institucionalidad democrática, una en la que todos los ciudadanos puedan confiar y que sea la base para emerger de las crisis en las que nos encontramos. El conocido dicho “las personas pasan, las instituciones quedan” debería convertirse en “las personas pasan y se les reconoce y recuerda por su integridad moral, y las instituciones quedan, fortalecidas y contribuyendo al desarrollo del país”.

Estas reflexiones que comparto con ustedes no son una mera idealización de la función pública ni tienen la intención de una elaboración teórica. Nacen, más bien, de mi experiencia en diversos cargos públicos, pero sobre todo liderando durante cinco años la Defensoría del Pueblo del Perú entre el 2005 y el 2011, cargo que ocupé gracias a la confianza de más de 2/3 de los Congresistas de la República de aquel entonces.

(\*) Ex Presidenta del Consejo de Ministros del Perú y ex Defensora del Pueblo. Se ha desempeñado como Congresista y Senadora de la República. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Máster en Leyes (LL.M.) en la Universidad de Harvard. Cursó estudios en el London School of Economics. Actual presidenta ejecutiva de la Universidad César Vallejo. Harvard Research Fellow del programa Iniciativa Avanzada de Liderazgo junto a 40 líderes mundiales durante el año 2018. Ocupó puestos de alta dirección en instituciones del sector privado como The Procter & Gamble Co. y el Banco Mundial. Primera mujer en ocupar el cargo de Presidenta del Consejo de Ministros en el Perú y en América Latina. Reconocida con la Orden del Sol del Perú otorgada por el Presidente de la República y el Premio a la Trayectoria de Vida otorgado por la Universidad de Harvard.

Durante ese tiempo tuve la oportunidad de servir al Perú como Defensora de los derechos de todos los peruanos y peruanas. Fue una oportunidad privilegiada para conocer de cerca las necesidades de la ciudadanía, construir propuestas para resolver sus demandas y supervisar al Estado para que cumpla con realizar una buena administración. Fue, al mismo tiempo, una oportunidad para comprender el desafío que implicaba representar y dirigir una institución nacional con independencia, rigurosidad, compromiso con la consolidación democrática y, sobre todo, con una convicción inquebrantable por la defensa de los derechos fundamentales de todos y todas.

Para cumplir con esta labor, conté con el apoyo de valiosos profesionales. Con ellos compartí el deseo de seguir construyendo y fortalecer una institución basada en la defensa de los derechos de las personas y de aportar en la construcción de esa institucionalidad democrática que mencioné al inicio y, de esa manera, a su vez, de aportar en reconstruir la confianza de la ciudadanía en el Estado. Aquella experiencia legó en mí valiosas lecciones relacionadas a la administración pública que deseo compartir en las siguientes líneas luego de indicar el norte que inspiró cada una de nuestras acciones.

En primer lugar, toda acción pública debe estar orientada al servicio de ciudadanos y ciudadanas. El reconocido principio de servicialidad en el Estado del que nos habla tanto la doctrina administrativa no es una teoría, se hace realidad en el andar cotidiano de la función pública. Ese funcionario de la ventanilla tramitando nuestras peticiones, gestionando nuestros permisos, licencias, incentivos o sanciones, tanto como los que toman decisiones en el nivel intermedio o en el más alto nivel local, regional o nacional, está haciendo realidad este principio fundamental que no podemos olvidar jamás en nuestro trabajo.

En segundo lugar, toda acción pública debe estar orientada a crear, a desarrollar y a fortalecer la institucionalidad democrática de las entidades públicas. Este es el ingrediente fundamental que nos permitirá ser una sociedad cohesionada, cuyo desarrollo se base en la igualdad de derechos y oportunidades; y, como contraparte, exista un Estado que sea un eficaz conductor de los destinos de la nación, creando condiciones para que los ciudadanos y ciudadanas construyamos nuestra vida en libertad.

En tercer lugar, no hay construcción de comunidad sin diálogo democrático, pero también fraterno, respetuoso, abierto y transparente. Sin duda, estoy convencida de que el diálogo es siempre el camino. El diálogo es el método más adecuado para resolver los conflictos y no se limita a la implementación de un grupo de trabajo o una mesa de diálogo mediante un dispositivo legal. Se requiere que todos los actores y grupos de interés involucrados en el conflicto sean considerados como partes iguales, pero que también tengan igualdad en la vocación por llegar a acuerdos y cumplir los compromisos asumidos.

Sin embargo, el objetivo último no debe ser el diálogo en sí mismo. Este es solo un medio -el mejor seguramente- para resolver problemas y atender demandas de ciudadanos y ciudadanas, de los pueblos originarios, de los migrantes, y de todo aquel que se encuentra en una situación vulnerable. Necesitamos ver más allá del formalismo y entender que nuestra realidad es diversa, compleja y que en ella es nuestro deber construir espacios e instituciones que nos permitan convivir en paz. En el fondo, cada conflicto puede ser una gran oportunidad para reconocer que hay un paso más que dar en la construcción de una sociedad mejor, y hacerlo de manera pacífica y con acuerdos sostenibles. Asimismo, el diálogo debe contemplar la enorme importancia del cumplimiento de acuerdos, tanto de parte de los ciudadanos, comunidades, empresas y del propio Estado. La confianza, tan venida a menos, no se recupera por decreto, se construye en cada una de esas acciones.

Muchos buscan resolver los conflictos aplicando estrategias cortoplacistas, evitando implementar reformas que permitan soluciones innovadoras para problemas estructurales que sufre nuestro país y, en ocasiones, nos conducen a situaciones de conflicto. Una perspectiva de largo plazo implica mirar los problemas atendiendo a la sostenibilidad de la respuesta estatal. No basta mirar el "aquí y ahora". Por el contrario, se requiere de soluciones que ofrezcan una visión de largo plazo y tomen en cuenta que la protección del ambiente en el que nos encontramos no solo implica una responsabilidad con el futuro, sino que es también una responsabilidad para el presente.

Por otra parte, el Estado, la comunidad y la confianza no se construyen solos. Los servidores públicos son el eje básico de la reforma del Estado. Ellos deben ser gestores principales de los cambios para lograr que los derechos de las personas y las comunidades se hagan realidad. Los servidores públicos tienen una posición estratégica para influir en las decisiones y en delinear la forma que tomarán las reformas. Por ello, hay que promover el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia y los derechos humanos.

Nuestro Estado no puede estar ausente en la vida de los ciudadanos y ciudadanas. Es necesario preferir la coordinación horizontal entre entidades estatales, sector privado y sociedad civil, antes que las estructuras verticales de gestión, en los que la jerarquía genera distancias y corta el entendimiento entre las partes. Aún más, el proceso de descentralización debe ir acompañado del desarrollo de capacidades de las autoridades y funcionarios locales a través de la implementación de normas éticas adecuadas que establezcan pautas de comportamiento y de la incorporación de la profesionalización del servicio público. Coordinación horizontal no significa un desmedro de la autoridad, por el contrario, la fortalece haciéndola transformadora y democrática.

Finalmente, no hay que perder de vista -y esto ha sido un valor permanente en el trabajo defensorial- que nuestra acción de defensa de derechos es para todos y todas, pero preferentemente hay que tomar en cuenta a los más vulnerables. En mi discurso el día que asumí tan importante responsabilidad, dije que una Defensora del Pueblo debía ser la voz de los que no la tienen. Eso hice acompañada de todo el equipo defensorial, hablando alto y fuerte cuando los derechos de los ciudadanos se vieron violentados, amenazados o cuando las decisiones públicas no contenían un enfoque de derechos afectando la igualdad, la equidad o la libertad. Allí, y lo digo como abogada, nuestro aporte es fundamental para recordar que los principios básicos del derecho se fundan en nuestra libertad y en nuestra dignidad.

Estas ideas tienen por finalidad contribuir favorablemente en la ruta de construir un Estado más próximo a la ciudadanía, más eficiente, con servicios de calidad que lleguen a todos los peruanos y peruanas. Podremos así convocar a nuestros compatriotas a transitar juntos el camino de la democracia para llegar al desarrollo y a la construcción de mejores condiciones para nuestra felicidad.



# Editorial

## De nuevo en casa, con más claridad que nunca

*"La vida es una sucesión de lecciones  
que uno debe vivir para entender"*  
Ralph Waldo Emerson

Cuánto ha costado poder expresar en palabras sucintas todo lo que ha significado haber sido parte de la Asamblea Ordinaria de IUS ET VERITAS durante este semestre. Un periodo tan particular marcado por un gran reto al que nos hemos tenido que enfrentar. Volver totalmente a la presencialidad ha significado evaluar el retorno de las dinámicas que se tenían hasta antes de la paralización de las mismas como consecuencia de la pandemia. En ese contexto, nos reencontramos con la Facultad de Derecho PUCP, espacio que ha sido, es y será siempre la casa que vio nacer este proyecto y que ha albergado a todas las generaciones que han hecho posible el tener tan en alto el nombre de esta asociación.

IUS ET VERITAS es la apuesta de innovación que un grupo de estudiantes tuvo en estas mismas aulas y pabellones que hoy recorremos, la apuesta que hoy es tangible en una asociación que crece con tanta autonomía y calidad. Esta se presenta como la exemplificación del trabajo perseverante, organizado y en comunidad que solo un grupo humano puede lograr mientras tenga un objetivo claro y trazado. Estos meses, que se convirtieron en años, en los cuales nos encontramos lejos de nuestra casa, sirvieron para poder crecer y asumir nuevos retos que dieron como resultado el redescubrimiento de nuestra mística esencia. Aquella mística tan indescriptible y que las palabras nunca alcanzan para poder definir, hoy es distinta y se expresa con toda claridad.

Nuestros nuevos proyectos, los más recientes cambios y la adopción de más formas innovadoras para difundir la cultura jurídica son el producto de haber visto una oportunidad en medio de la tormenta. El futuro camino que debe seguir IUS ET VERITAS se presenta con más claridad que nunca, siendo posible afirmar que aquella apuesta hecha hace poco más de 32 años sigue siendo exitosa. De esta manera, la Edición 65 refleja el profesional trabajo de un Equipo Editorial que ha podido posicionar con gran maestría a nuestra querida revista en el mundo académico y jurídico. No obstante, también es el punto de partida de una nueva etapa para nuestra asociación de la mano y respaldo de un diverso y comprometido grupo de estudiantes que son el presente de una extraordinaria generación de profesionales del Derecho del mañana.

Ahora está en las manos de quienes se quedan la responsabilidad de mantener este alto estándar que solo alguien de IUS ET VERITAS conoce y celosamente resguarda. Cierro con muchas emociones una maravillosa etapa, que me ha ensañado y formado a un nivel tan profundo que no habrá discurso suficiente para demostrar el agradecimiento que tengo por esta asociación y cada persona que tuve la oportunidad de conocer.

El honor ha sido mío. Muchas gracias, IUS ET VERITAS.

**Ximena Diaz Ángeles**  
Directora Ejecutiva



# Presentación

*“Toda la sabiduría humana se resume en dos palabras:  
confiar y esperar”*

Alejandro Dumas - El Conde de Montecristo

Esta Edición de IUS ET VERITAS nació de la misma manera que la propia Revista: con un ¿por qué no?

Treinta y dos años atrás, un grupo de intrépidos estudiantes, preocupados por la situación política de su país, acudieron ante el entonces decano de la Facultad de Derecho, Jorge Avendaño, con el objetivo de conseguir su apoyo en la creación de una nueva Revista estudiantil. El decano, inseguro acerca de este proyecto casi sentenciado al fracaso, solo atinó en preguntarles por qué crear una nueva Revista dentro de la Facultad.

¿Por qué no?, fue la respuesta.

Cuando este Equipo Editorial se embarcó en este proyecto, supimos que sería uno de los más ambiciosos de la historia de IUS ET VERITAS. Ambicioso porque buscar respuestas desde la academia para problemas tan complejos y profundos como los planteados en esta Edición resulta, de por sí, complicado. Aún más cuando la crisis de gobernabilidad e institucionalidad que atraviesa nuestro país no hace más que crecer cada día más. Como dijo Carlos Iván Degregori, este país es una montaña rusa. Nadie tiene la total seguridad de si es que mañana o pasado seguiremos teniendo Congreso, presidente o, quién sabe, país. Asimismo, buscar, encontrar y convocar a las voces correctas para dar forma a dichas respuestas resultaba, a primera vista, una labor más que complicada. Nuevamente, en su momento nos preguntamos por qué construir una Revista sobre un tema tan espinoso como este.

¿Por qué no?, fue nuevamente la respuesta.

Hoy más que nunca resulta necesario investigar, escribir, publicar y leer acerca de la Administración Pública y el Buen Gobierno. En parte debido a esa necesidad es que surge esta Edición: en la búsqueda de brindar soluciones a las problemáticas del país mediante investigaciones jurídicas y no jurídicas del más alto nivel. Justamente por ello es que para esta Edición hemos decidido salir de los -muchas veces- acuciosos límites del Derecho para encontrar explicaciones y soluciones desde el espectro más amplio posible.

Después de decidir empezar este camino, nos encontramos con una realidad que, a simple vista, parecía oculta: la gran cantidad de profesionales y académicos extraordinariamente capacitados y con ganas de contribuir a mejorar esta realidad que existe en el Perú. Prueba de ello resulta la calidad de autores y autoras que IUS ET VERITAS ha reunido para esta Edición número 65 de su Revista, cuyos artículos serán, sin duda alguna, un referente en cuanto a Administración Pública y Buen Gobierno se refiere.

En la sección principal de la presente Edición contamos con los artículos de Francisco Sagasti, Beatriz Merino, Yuri Chessman, Marushka Chocobar, Eloy Munive, Giselle Huamaní, Sandro Macassi, Rafael Chanjan (en representación de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP), Patricia Balbuena, Erick García Cerrón, Gian Carlo Vega, Edison Tabra y Carlos Gárate. Asimismo, en la sección general contamos con los artículos de Paul Villegas, Giancarlo Vignolo, Marco Villota, Alexandra Sierra y Julio César Casma. Todos los artículos, como ya es costumbre, son de acceso libre y gratuito desde nuestro repositorio institucional.

\*\*\*\*\*

No puedo terminar esta introducción sin dejar de dar un agradecimiento a todas aquellas personas que intervinieron en este proyecto. Primero que nada, al Equipo Editorial de la Revista. A Arantxa Mendoza, por haber sido el mejor soporte que hubiera podido imaginar durante la gestión de esta Revista. A Adriana Rojas, Lucía Unzueta y Sebastián Castro, quienes han demostrado constancia, preocupación constante y cariño a este proyecto en cada instante. Y a Luciana Chávez, quien sin temor se ha adaptado extraordinariamente este ciclo a nuestro trabajo editorial.

A Mirtha Vásquez, nuestra coordinadora para esta Edición. Créame, querido lector, que sin su dedicación, disposición, compromiso y preocupación este proyecto no habría sido ni la mitad de lo que hoy ha llegado a ser. Por el espectacular trabajo, por la calidad humana y por la confianza, infinitas gracias.

A nuestros autores y autoras. Somos plenamente conscientes de que creer en un proyecto editorial hecho totalmente por estudiantes como el nuestro no es sencillo. Gracias a la confianza depositada en nuestra labor es que hoy podemos soñar en formar proyectos más grandes y, así, brindar contribuciones de calidad al mundo académico.

A Nicole Navarro, anterior directora de este Equipo Editorial y querida amiga. Por confiar desde el minuto cero en que llevar adelante un proyecto sobre la Administración Pública no era tan mala idea como sonaba.

A quienes, directa o indirectamente, dejaron una huella imborrable dentro de esta Edición. A Alissa Olivares, Andrea Gómez, Aymar Sotomayor, Juan Víctor Holgado, Maricielo Rodríguez, Nicole Barriga y Ximena Díaz. A ellos y ellas, el mayor de los agradecimientos.

A todos los miembros de IUS ET VERITAS. Por las ideas, por el empuje, por la paciencia y por el siempre creer en este proyecto, por más lejano y misterioso que por momentos este pudo resultar. IUSES, esta Revista también es suya.

Por último, a quienes creen que es posible construir un Perú mejor. Ustedes han sido el motor que nos ha inspirado a seguir adelante con este proyecto. Sigamos creyendo en ese Perú que sea menos problema y más posibilidad.

Con una sonrisa en el rostro y la satisfacción del deber cumplido en el corazón, les presento la Edición número 65 de la Revista IUS ET VERITAS. Que la disfruten.

**Carlos Loayza Ormachea**

Director del Equipo Editorial





# Ejercicio de la autoridad y el poder político: ¿Cómo gobernar para generar confianza y esperanza en tiempos de crisis? (\*)

*Exercise of authority and political power: How to govern to build trust and hope in times of crisis?*

**Francisco Sagasti<sup>(\*\*)</sup>**

Universidad del Pacífico (Lima, Perú)

**Resumen:** En el presente artículo, el expresidente de la República, Francisco Sagasti, desarrolla cinco puntos que él considera fueron los principales rasgos del enfoque que tuvo el ejercicio de la autoridad y del poder político durante el Gobierno de Transición y Emergencia que él dirigió. Dichos criterios fueron respeto a la Constitución y las leyes, honestidad y transparencia, trabajo en equipo y coordinación, uso de evidencia e información confiable, búsqueda del bien común, y liderazgo democrático.

**Palabras clave:** Autoridad - Poder político - Liderazgo político - Presidente - Gobierno de Transición y Emergencia - Perú

**Abstract:** In this article, the former President of the Republic of Peru, Francisco Sagasti, develops five points that he considers were the main features of the approach to the exercise of authority and political power within the Transition and Emergency Government that he led. These criteria were respect for the Constitution and the laws, honesty and transparency, teamwork and coordination, use of evidence and reliable information, search for the common good, and democratic leadership.

**Keywords:** Authority - Political power - Political leadership - President - Transition and Emergency Government - Peru

---

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 09 de octubre de 2022 y su publicación fue aprobada el 18 de octubre de 2022.

(\*\*) Expresidente de la República del Perú en el Gobierno de Transición y Emergencia (2020-2021). Profesor de la Universidad del Pacífico. Investigador principal afiliado, Instituto de Estudios Peruanos (IEP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2629-7351>. Correo electrónico: [fsagasti@iep.org.pe](mailto:fsagasti@iep.org.pe).



## 1. Introducción

Para cumplir la tantas veces postergada promesa republicana de un país sin exclusiones ni discriminación en el tercer siglo de nuestra vida independiente es imperativo renovar las instituciones políticas, superar la polarización y rechazar los extremismos, eliminar la corrupción y desterrar el clientelismo. Esto solo será posible instaurando una manera de gobernar diferente. Debemos confiar en nuestra capacidad de combinar imaginación con rigor, y explorar nuevas maneras de organizar acciones conjuntas, avanzar hacia el bien común, y movilizar la energía y el talento de la inmensa mayoría de peruanas y peruanos que anhelan un Perú mejor (Sagasti, 2021).

Renovar la política requiere de una disposición a escuchar, entablar diálogos genuinos y buscar consensos operativos para superar enfrentamientos estériles, polarizaciones destructivas y resentimientos corrosivos. En esta tarea los objetivos de garantizar la libertad individual y promover la acción colectiva deben ir de la mano, respetando los límites que impone la conservación de los ecosistemas que sustentan la vida, y creando las condiciones para la superación personal y la búsqueda de transcendencia que caracteriza a los seres humanos.

Todo esto será posible solo si la ciudadanía confía en quienes gobiernan, en quienes ejercen la autoridad y el poder político. La *confianza* es condición indispensable para la cohesión social y la convivencia armónica, especialmente en un país de extraordinaria diversidad étnica y cultural como el nuestro, con fracturas sociales históricas aún no resueltas. Sin embargo, estamos lejos de satisfacer esta condición indispensable: el Perú es un país extremadamente desconfiado, ya que solo una de cada diez personas confía en aquellos con quienes interactúa cotidianamente (Corporación Latinobarómetro, 2021). Recobrar la *esperanza* se torna una tarea cuesta arriba en estas circunstancias.

Gobernar en un país azotado por la pandemia del COVID-19 fue aún más complejo y difícil. La precariedad de los servicios de salud, las restricciones al desplazamiento y la movilidad de las personas, la pérdida masiva de fuentes de ingresos, la suspensión de clases en los colegios, y un contexto de crispación e inestabilidad política y social, crearon un clima de angustia, zozobra y desasosiego generalizado.

## 2. La crisis y el contexto político

Acotado al inicio en noviembre de 2020 por la renuncia intempestiva de un presidente que duró seis días en el cargo, y al final en julio de 2021 por una apresurada transmisión de mando una semana después de proclamado el ganador de la segunda vuelta presidencial, el Gobierno de Transición y Emergencia logró evitar una crisis de gobernabilidad, y ejercer la autoridad y el poder político razonablemente. Desde el principio la idea fue iniciar un proceso de recuperación de la confianza y la esperanza, y entregar al nuevo gobierno, que asumió el 28 de julio de 2021, una situación menos caótica, más estable, con mayor tranquilidad y con mejores perspectivas de bienestar.

Las circunstancias que enfrentó el Gobierno de Transición y Emergencia para ejercer el poder y la autoridad política fueron muy particulares y difíciles de repetir. Por lo tanto, es posible que las lecciones aprendidas no sean aplicables en otras situaciones.

En primer lugar, la pandemia desnudó la precariedad del sistema de salud y afectó severamente todas las actividades económicas, sociales y culturales, al punto de que el Perú enfrentó lo que probablemente sea la peor crisis en más de un siglo. Esto permitió definir claramente prioridades para la acción gubernamental, la inversión y el gasto público.

Por otra parte, luego de un período corto de incertidumbre generado por la renuncia de la mesa directiva del Congreso (y consecuentemente del Presidente de la República que ejerció su cargo por seis días), se eligió una nueva mesa directiva. Tal como lo establece la Constitución, quien fue designado Presidente del Congreso asumió

- 
- (1) Algunos observadores políticos han destacado que la elección de la mesa directiva que dio origen al Gobierno de Transición y Emergencia tuvo lugar pese a la renuncia de numerosos congresistas porque aparentemente no quedaba otra opción. Esto dio origen a comentarios tales como el del políólogo Juan de la Puente, para quien el Presidente del Gobierno de Transición y Emergencia fue "el único presidente elegido por sus enemigos políticos" (Calderón, 2021).
- (2) El día de la juramentación del Presidente del Gobierno de Transición y Emergencia, el Presidente del Partido Morado le pidió separar la gestión del gobierno de las actividades partidarias, lo que fue cumplido escrupulosamente.



el cargo de Presidente de la República, y la vicepresidenta de la mesa directiva asumió la presidencia del Congreso.

Al ser designado por el Congreso y no en una elección general, el Presidente de la República careció de apoyo partidario en el parlamento. Esto permitió mucho mayor libertad de acción para el gobierno, ya que las presiones para designar autoridades y adoptar medidas de interés para determinado grupo político disminuyeron significativamente. Asimismo, el tener elecciones generales programadas cinco meses luego de asumir el gobierno permitió al Gobierno de Transición y Emergencia demostrar su neutralidad y estricta adherencia al mandato constitucional, respetando absolutamente la independencia de las autoridades electorales.

Por otra parte, las presiones ejercidas por algunos parlamentarios, quienes intentaron censurar a la mesa directiva del Congreso hasta en cinco oportunidades (dos de las cuales llegaron al pleno del Congreso) -lo que hubiera llevado, de acuerdo con algunas interpretaciones, a una vacancia presidencial- generaron un clima de incertidumbre política permanente durante los pocos meses que duró el Gobierno de Transición y Emergencia. Esto hizo necesaria una continua coordinación entre los poderes Legislativo y Ejecutivo que, pese a discrepancias de fondo y forma con numerosas iniciativas legislativas, logró establecer un precario clima de trabajo conjunto con la mesa directiva y los voceros de las bancadas parlamentarias.

### 3. Cómo gobernar

Esta nota resume los principales rasgos del enfoque que informó el ejercicio del poder y la autoridad política del Gobierno de Transición y Emergencia desde la perspectiva de la Presidencia de la República. El Presidente contó con la estrecha colaboración de la Presidenta del Consejo de Ministros, el equipo de asesores y funcionarios en el Despacho Presidencial, y de los ministros que participaron en las decisiones políticas referidas a sus carteras. Los criterios que guiaron la actuación del Gobierno de Transición y Emergencia fueron: respeto a la Constitución y las leyes, honestidad y transparencia, trabajo en equipo y coordinación, uso de evidencia e información confiable, búsqueda del bien común, y liderazgo democrático.

#### 3.1. Respeto a la Constitución, la ley y las instituciones

- **Respetar irrestrictamente la Constitución**, sobre la cual nadie está por encima -y menos los gobernantes que reciben un mandato temporal de la ciudadanía para ejercer el poder y la autoridad política. Cumplir con las leyes y las normas vigentes, respetando y fortaleciendo la autonomía constitucional de los diversos poderes del Estado, sin interferir en su labor. Respetar absolutamente la libertad de expresión y de prensa, aún cuando prevalezcan la hostilidad

y los ataques.

- **Desempeñar cabalmente las distintas funciones del Presidente de la República:** Jefe de Estado, Jefe del Poder Ejecutivo y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (FFAA) y de la Policía Nacional del Perú (PNP), cada uno de los cuales plantea exigencias diferentes. Como Jefe de Estado, es el presidente de todos los peruanos y peruanas, lo apoyen o no, y se debe a todos ellos. Como Jefe del Poder Ejecutivo, define el rumbo que debe seguir el país, guía la formulación e implementación de políticas públicas, y toma decisiones asegurando que se pongan en práctica en coordinación con la Presidencia del Consejo de Ministros. Como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, ejerce el mando directo de las instituciones que protegen la seguridad interna e interna de la nación.

- **Conformar gabinetes ministeriales en consulta con quien se designa para presidir el Consejo de Ministros, tal como lo establece a la Constitución.** Los ministros deben ser respetuosos de los valores democráticos, no tener cuestionamientos por corrupción o conductas indebidas, conocer los temas que cubren sus respectivas carteras, y contar con experiencia en gestión pública. No rodearse únicamente de allegados y conocidos, convocar a personas en quienes se tiene confianza, pero la confianza de que son capaces de hacer bien su trabajo y no la confianza de una cercanía personal. Debe tomarse en cuenta el criterio de paridad de género en la composición del gabinete ministerial y los altos cargos del Poder Ejecutivo.

- **Respetar las jerarquías institucionales.** No intervenir en los procesos internos de una institución sin consultar con quienes la tienen a su cargo. Independientemente del cargo que se ejerza -Presidente de la República, Presidente del Consejo de Ministros, ministro, u otra autoridad-, dirigirse a un funcionario público de menor rango solo de manera excepcional e informando primero a sus superiores jerárquicos.



- **Neutralidad política en los procesos electorales.**

Respetar la autonomía de los organismos electorales que establece la Constitución; crear las condiciones para elecciones, libres, limpias y transparentes; promover la participación de las misiones internacionales de observación electoral, y acatar los resultados electorales que expresan la voluntad popular.

**3.2. Honestidad, transparencia y equidad**

- **Separar radicalmente los intereses privados del interés público y del bien común,** ejerciendo el poder político con transparencia y honradez, rechazando tajantemente cualquier atisbo de corrupción. No recibir nunca en el Despacho Presidencial a representantes de empresas que contratan o proveen bienes y servicios al Estado, y hacer públicas la agenda presidencial y todas las reuniones que realice el primer mandatario.

- **Escuchar a todos y todas, pero desecharando presiones de individuos o grupos de diversa índole para obtener beneficios indebidos.** Mantener la imparcialidad, sin expresar favoritismos o asumir compromisos que distorsionen la búsqueda del bien común.

- **Rendir cuentas y asumir responsabilidades** sobre los resultados y consecuencias de las decisiones tomadas y ejecutadas. Hacer públicas las decisiones gubernamentales, en particular los acuerdos del Consejo de Ministros, las agendas de las altas autoridades, y explicar las razones por las cuales se adoptan políticas públicas y se toman decisiones.

- **Promover la igualdad y generar oportunidades para toda la población,** de tal manera que el avance personal no dependa de situaciones económicas y sociales privilegiadas, o del lugar de nacimiento, sino del esfuerzo, talento, dedicación y perseverancia de cada peruano y peruana. Todos y todas deben tener las mismas oportunidades para imaginar, elegir, diseñar y realizar libremente sus proyectos de vida.

- **Rechazar y combatir todo tipo de discriminación,** sea esta de género, étnica, social, ideológica, o por edad o discapacidad, en el marco de un Estado secular respetuoso de las ideas, cualidades, religiones, creencias y tradiciones de todas las peruanas y peruanos.

**3.3. Coordinación y trabajo conjunto**

- **Coordinar de manera continua, respetuosa y flexible** el trabajo del sector público, las empresas e instituciones privadas, las organizaciones de la sociedad civil y las entidades académicas, trabajando conjuntamente para responder a los desafíos que enfrenta el país. Tener en mente que no sobra persona alguna cuando de trata de colaborar, pero también que nadie es indispensable.

- **Trabajar en equipo,** particularmente en el desempeño de las funciones de la Presidencia de la República, la Presidencia de Consejo de Ministros y la Presidencia del Congreso. Reclutar asesores competentes y comprometidos, con buena formación profesional y experiencia, conocedores del territorio nacional y sus regiones, que ayuden a decidir en forma correcta y razonable en circunstancias apremiantes y difíciles. Incorporar personas de diferentes edades y género que aporten diversos puntos de vista.

- **Reactivar las instancias de coordinación entre las diversas instituciones públicas que configuran el Estado peruano:** Consejo de Estado, Consejo de la Defensa Nacional, Consejo de Seguridad Ciudadana, Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, además de crear grupos de trabajo para temas específicos.

- **Trabajar de manera coordinada y conjunta con los gobiernos regionales,** incluyendo a las autoridades provinciales y distritales en los temas y asuntos de sus competencias, con el fin de fortalecer y hacer más eficientes los procesos de descentralización.

- **Otorgarle la importancia debida a los espacios de concertación como el Acuerdo Nacional,** que no son instancias de toma de decisiones, sino convivencia política para conversar, dialogar, concertar y ponerse de acuerdo, tratándose los unos a los otros con respeto, como adversarios a quienes convencer y no como enemigos a quienes aniquilar.

- **Renovar gradualmente las instituciones públicas,** sin destruir o tirar por la borda todo lo existente, ni reemplazar totalmente a los mandos medios y al personal subalterno de manera apresurada. Desterrar el “complejo de Adán” de creer que todo empieza de cero cuando se asume el poder político. Gradualidad implica reorganizar, actualizar y reconstruir instituciones, conservando lo mejor y sin pretender refundarlas periódicamente.



### 3.4. Evidencia, información y anticipación

- **Tomar decisiones en base a información y evidencia empírica confiable y oportuna.** Emplear la información disponible, aún sea esta escasa, parcial y no muy precisa, para tomar decisiones, aceptando las limitaciones que se derivan de contextos turbulentos y tiempos de incertidumbre. Tomar conciencia de las demoras y desplazamientos temporales entre la generación, transmisión y recepción de información, evitando en la medida de lo posible que las decisiones estén desfasadas de las situaciones sobre las cuales se actúa.
- **Gestionar la información, distinguiendo entre datos fidedignos e información certera, por un lado, y noticias falsas y hechos distorsionados, por otro.** Desarrollar la capacidad de acceder, filtrar, procesar y utilizar evidencia y datos; evaluar la confiabilidad de diferentes fuentes, identificando sesgos (incluyendo los propios) y omisiones; segmentando, estructurando y clasificando la información útil; y asegurándose de que datos, información y puntos de vista contestatarios, contradictorios y aún desagradables sean examinados para ver si pudieran y debieran ser tomados en cuenta.
- **Diseñar y poner en práctica procesos para recabar regularmente información y datos,** definiendo el ámbito y los temas a ser cubiertos, así como la frecuencia de actualización y la redundancia necesarias, con el fin de reajustar continuamente percepciones y apreciaciones de las situaciones reales. Hacer lo mismo para los indicadores del propio desempeño al responder desafíos, oportunidades, quiebres, discontinuidades, procesos emergentes, señales débiles, críticas, propuestas, sugerencias, entre otros estímulos.
- **Hacer uso de la anticipación estratégica para visualizar situaciones futuras.** Imaginar, construir y validar escenarios para identificar posibles cursos de acción ante diferentes eventualidades, y para preparar respuestas adecuadas<sup>(3)</sup>.

### 3.5. Liderazgo político

- **Tomar conciencia de la gran responsabilidad que se asume al ejercer un cargo público,** particularmente en los niveles más altos de gobierno y sobre todo cuando se enfrentan grandes desafíos. Esta toma de conciencia implica reconocer la diversidad de puntos de vista, objetivos, actitudes y motivaciones de los actores políticos, evitando que sesgos ideológicos impidan apreciar las situaciones tales como son en realidad. Evitar extremismos políticos y quedar prisionero de grupos con intereses particulares.

- **Hacer respetar el principio de autoridad,** garantizando el cumplimiento efectivo de la Constitución, leyes, normas y regulaciones. Mantener la seguridad pública, eliminar la violencia en todas sus formas, y preservar la vida y la dignidad humanas.
- **Tomar decisiones oportunas para evitar crisis políticas,** anticipando la necesidad de efectuar cambios ministeriales o de autoridades, teniendo en mente la importancia de consolidar la gobernabilidad democrática, y resguardando el buen desempeño de gabinete ministerial en conjunto.
- **Emplear responsablemente los recursos de poder que la Constitución y las leyes ponen disposición de las autoridades gubernamentales:** legislación, regulación, normas, directivas, incentivos, cumplimiento, sanciones, designación de autoridades, recursos presupuestales, negociaciones, coordinación, acuerdos, comunicación, delegación, información, capacidad de convocatoria, transparencia, y el empleo de las fuerzas del orden, entre otros. Ser consciente y emplear juiciosamente el poder del ejemplo, exhibiendo un comportamiento honesto, comprometido y austero.
- **No prometer lo que no se puede cumplir y cumplir lo que se promete.** Romper el círculo vicioso de promesas vacías y expectativas defraudadas, de negociaciones y acuerdos ilusorios, y estar permanente en guardia contra el proceso de engañarnos a nosotros mismos acerca de la viabilidad de fantasías irrealizables cuando se intenta dar respuesta a demandas sociales, por más justas que estas nos parezcan.
- **Desarrollar un sentido de urgencia** cuando se presentan emergencias o situaciones críticas, actuando sin demora y concentrando totalmente la atención en el tema bajo consideración durante el tiempo necesario. Considerar al mismo

(3) Como enfatizó el microbiólogo Luis Pasteur, “el azar favorece a las mentes preparadas”.



tiempo los posibles resultados de corto plazo y las consecuencias de mediano y largo plazo, evaluar los impactos y efectos colaterales, y diseñar las maneras de poner en práctica rápidamente las políticas y decisiones adoptadas<sup>(4)</sup>.

- **Ejercer el liderazgo en forma abierta, participativa y democrática**, pero actuando con firmeza, sentido de futuro, y asumiendo plenamente la responsabilidad por las decisiones tomadas. Designar funcionarios competentes, honestos, y comprometidos con el país. No cambiar a todos los funcionarios de alto y mediano nivel, ni copar el Ejecutivo con partidarios, parientes, amigos, personas que ayudaron al candidato y al partido en las elecciones, o con personas afines por cualquier otra razón. Los cargos de confianza no son para personas cercanas, sino para quienes confiamos desempeñarán bien las funciones asignadas.
- **Establecer procesos de diálogo con los y las líderes de las organizaciones políticas**, particularmente de aquellas que tienen representación en el Congreso, con el fin de llegar a acuerdos y consensos para preservar la estabilidad política y consolidar la gobernabilidad democrática.
- **Reconocer errores rápidamente y corregir el rumbo**. A pesar de los cuidados y previsiones, eventualmente se tomarán decisiones equivocadas. Aceptar los hechos, asumir la responsabilidad, buscar maneras de mitigar y reparar el daño, y desarrollar una actitud de aprendizaje continuo.

- **Mantener una permanente conexión con la ciudadanía**, informando a través del contacto personal y de visitas a todas las localidades del territorio que sea posible, así como de los medios de comunicación y las redes sociales. Promover la participación ciudadana en la identificación de problemas y necesidades, tratando de responder oportunamente a las demandas atendibles, y anticipando iniciativas para prevenir y resolver conflictos sociales. Ejercer el poder y la autoridad sin pretensiones, alardes o desplantes, sin tomarse demasiado en serio y con sentido de humor.

## 4. Comentarios finales

En el ejercicio de la autoridad y el poder político, sobre todo en situaciones críticas de emergencia, es necesario mantener el optimismo, que no es lo mismo que ser ilusos. El optimista parte de la realidad como es, pero la asume como un dato y no como una restricción. La apreciación de los hechos tales como son y el ejercicio de la imaginación creativa, empleando los criterios que guiaron la acción del Gobierno de Transición y Emergencia descritos en esta nota, podrían ayudar a encontrar salidas, definir cursos de acción viables y fijar el rumbo hacia un Perú mejor.

## Referencias bibliográficas:

Calderón, M. (2021). Los 100 días de Francisco Sagasti: errores y aciertos de un presidente elegido por la oposición. El Comercio. <https://elcomercio.pe/politica/gobierno/francisco-sagasti-100-dias-errores-y-aciertos-de-un-presidente-elegido-por-la-oposicion-100-dias-vacunas-coronavirus-pilar-mazzetti-noticia/?ref=ecr>

Corporación Latinobarómetro (2021). Informe 2021, Banco de datos en Línea. [www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org)

Sagasti, F. (2021). *Imaginemos un Perú mejor... y hagámoslo realidad*. Editorial Planeta.

Safire, W. (1990). *Leadership*. Simon & Schuster.

(4) Este punto ha sido enfatizado claramente por William Safire en la primera página de su libro sobre liderazgo: "The first rule of being a leader is to focus on the challenge at hand". Sugiere dejar de lado toda distracción para enfocarse en la crisis, el desafío inmediato, el problema crónico, el sentido de estar a la deriva y sin rumbo, para concentrarse en resolver la situación que se confronta (Safire, 1990, p. 13).



# Los mecanismos de articulación y coordinación intergubernamental de Políticas Nacionales y Territoriales en el Perú<sup>(\*)</sup>

*The intergovernmental articulation and coordination mechanisms of National and Territorial Policies in Peru*

**Yuri Alejandro Chessman Olaechea<sup>(\*\*)</sup>**

Universidad Privada de Tacna (Tacna, Perú)

**Resumen:** La implementación de las políticas públicas en el Perú es la mayor debilidad del proceso de descentralización y la gestión pública debido a la ineficacia de las instancias, las plataformas o los espacios de articulación y coordinación donde las autoridades gubernamentales de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local) no han logrado consensos y/o acuerdos para establecer una visión compartida del desarrollo territorial en busca de cerrar las desigualdades económicas y sociales. Este artículo presenta el análisis de los últimos años, en especial de los años 2021 y 2022, sobre los nuevos mecanismos de articulación, como lo es el Consejo de Coordinación Intergubernamental (CCI) que, a través de sus instancias operativas, tales como el GORE Ejecutivo, el MUNI Ejecutivo, otros Encuentros Intergubernamentales (Reuniones Ejecutivas, Mesas Técnicas de Desarrollo y Consejos de Ministros Descentralizados) y la nueva versión de las Comisiones Intergubernamentales, se presentan como un nuevo intento para articular las políticas y las estrategias nacionales y territoriales a través de una efectiva gobernanza multinivel y multiactor que tenga como finalidad fortalecer la gestión descentralizada.

**Palabras claves:** Descentralización - Políticas Públicas - Desarrollo territorial - Articulación - Coordinación - Gestión Descentralizada

**Abstract:** The implementation of public policies in Peru is the weakest link in the decentralization process and public management, due to the ineffectiveness of the instances, platforms or spaces of articulation and coordination where the government authorities of the three levels of government (national, regional and local) have not achieved consensus and/or agreements to establish a shared vision of territorial development in search of closing economic and social inequalities. This article presents the analysis of recent years, especially the years 2021 and 2022, on the new coordination mechanisms

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 10 de octubre de 2022 y su publicación fue aprobada el 4 de diciembre de 2022.

(\*\*) Abogado por la Universidad Privada de Tacna (Tacna, Perú). Doctor en Economía por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Magíster en Administración y Gestión de Empresas por la Universidad Privada de Tacna. Egresado de la Maestría en Gestión de Políticas Públicas de la Universidad Nacional Federico Villarreal). Desarrolló estudios y pasantías en Corea del Sur, Italia y Austria. Docente a nivel de posgrado en el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República, la Fundación Academia Diplomática del Perú, el Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la USMP, entre otras. Secretario de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros. Director de las Agencias Regionales de Desarrollo (ARD). Director del Proyecto PNUD "El Proyecto N.º 00099416: "Gestión Territorial del Desarrollo". Presidente del Consejo Directivo de El Fondo Invierte para el Desarrollo Territorial (FIDT). Exconsultor de la Fundación Friedrich Ebert, PNUD, OIM, RR. EE. y CEDRO. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5124-086X>. Correo electrónico: [yurichessman@hotmail.com](mailto:yurichessman@hotmail.com).



such as the Intergovernmental Coordination Council (CCI), which, through its operational bodies such as the Executive GORE, Executive MUNI, and Other Intergovernmental Meetings (Executive Meetings, Technical Development Tables and the Decentralized Councils of Ministers), and a new version of the Intergovernmental Commissions is presented as a new attempt to articulate national and territorial policies and strategies through effective multilevel and multi-stakeholder governance, whose purpose is to strengthen decentralized management.

**Keywords:** Decentralization - Public Policies - Territorial Development - Articulation - Coordination - Decentralized Management

## 1. Introducción

Las mayores dificultades de las autoridades políticas del Perú son las que tienen en los espacios de diálogo y concertación para la implementación de las políticas públicas en los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local). Este problema se acentuó más desde el año 2003 en el que se reinició el proceso de descentralización, incorporando a los gobiernos regionales, con autonomía, en las dimensiones política, administrativa, económica, social y ambiental mediante las transferencias de competencias y funciones del gobierno nacional.

Las primeras instancias de coordinación y concertación en el ámbito de los gobiernos regionales y locales son el Consejo de Coordinación Regional (en adelante, "CCR")<sup>(1)</sup> y el Consejo de Coordinación Local (en adelante, "CCL")<sup>(2)</sup>, cuya composición, sesiones y funciones están normadas en sus mismas leyes orgánicas, pero demuestran debilidad en su eficacia para los consensos de los temas más importantes del territorio.

Al analizar el CCR, se tiene que este es un órgano consultivo, por lo que sus decisiones no son vinculantes con la gestión regional, y sus funciones solo están referidas a la emisión de opinión de dos instrumentos de gestión, como los son el Plan Anual y Presupuesto Participativo Anual y el Plan de Desarrollo Concertado. Cabe agregar que solo cuenta con dos sesiones ordinarias obligatorias al año, mientras que las sesiones extraordinarias se dejan a la voluntad del gobernante regional y a la necesidad de su convocatoria, la misma que no sucede. Y si a ello añadimos que en la misma norma se establece que "el Consejo de Coordinación Regional no ejerce funciones ni actos de gobierno", tenemos que pierden valor todas las opiniones concertadas a las que lleguen sus integrantes.

Respecto al CCL provincial y distrital, se observa que cuenta con las mismas debilidades del CCR con la diferencia que, además de coordinar y concertar sobre los dos instrumentos, de planeamiento y presupuesto, se agregaron las funciones de proponer las prioridades en las inversiones de infraestructura de envergadura y promover las inversiones para el desarrollo económico local. Las dos últimas funciones son muy importantes para la construcción y el impulso al desarrollo local; pero al no tener la opinión concertada, acción vinculante con la gestión municipal, pierden valor los acuerdos de sus integrantes.

Así, vemos que existe una necesidad de llegar a consensos con los actores territoriales respecto al desarrollo territorial, y que el CCR y el CCL son instancias que pueden tener mejores resultados con la modificación de la norma. Actualmente, los frentes de defensa departamentales, provinciales y distritales tienen el control de las convocatorias para llegar a acuerdos sobre agendas prioritarias, siendo muchas de estas producto de un conflicto o temas que avizoran conflictos. Ello necesita de la intervención de las autoridades y la sociedad civil y terminar, finalmente, con el principal acuerdo de tener la participación del gobierno nacional para establecer una mesa de diálogo con el fin de dar solución a un conjunto de temas, como proyectos de inversión, intervenciones públicas, mayores presupuestos, la aprobación de una norma y otros.

En la conducción de las mesas de diálogo y la agenda prioritaria toman el control los dirigentes de las organizaciones de la sociedad civil, quienes desplazan a los alcaldes y/o a los gobernadores regionales, a quienes corresponde la toma de decisiones sobre la gestión y el desarrollo territorial. Lamentablemente, esto debilita la institucionalidad de las instancias gubernamentales, las políticas públicas aprobadas y las que están en proceso de implementación.

El Consejo de Coordinación Intergubernamental - CCI y sus instancias

(1) Artículos 11 y 11-A de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867.

(2) Artículos 98, 99, 100 y 101 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.



operativas, es una oportunidad de lograr los consensos en las autoridades de los tres niveles de gobierno para el aterrizaje de las políticas públicas con enfoque territorial, en el marco del proceso de descentralización.

## 2. El proceso de descentralización y la articulación de las políticas públicas territoriales

Si volvemos a revisar la definición de la descentralización establecida en el artículo 188 de la Constitución Política del Perú, se señala que "es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio", mientras que el artículo 3 de la Ley de Bases de la Descentralización establece que tiene como finalidad "el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población".

Han transcurrido 20 años desde el reinicio del proceso de descentralización y la finalidad no se ha cumplido a satisfacción. Las lecciones aprendidas en los diferentes gobiernos nos demuestran que las articulaciones vertical y horizontal de las políticas públicas en el Perú han sido débiles y que el enfoque sectorial ha sido difícil de vencer, frente al enfoque territorial (PCM, 2020) cuyo avance ha sido progresivo y lento debido a la falta de herramientas e instrumentos de gestión que acompañen a las competencias y las funciones transferidas a los gobiernos subnacionales. La nueva Política de Modernización de la Gestión Pública al 2030 señala en su 2 componente del modelo que las intervenciones deben realizarse con enfoque territorial, esto como consecuencia de que la segunda causa directa del problema público de la referida política es por la inadecuada gobernanza de intervenciones para lograr objetivos de política pública (PCM, 2022c, p. 9).

Además, las normas que dan soporte al proceso de descentralización tienen 20 años, las mismas que se elaboraron y aprobaron en escenarios contextuales diferentes al actual y que necesitan un ajuste normativo. Asimismo, se deben alinear a la Visión del Perú 2050, al recién aprobado Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050 y a la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030, y también se debe considerar la disruptión digital (revolución digital) cuyo avance obliga al rediseño de las políticas y los planes. Así, este rediseño se hace imprescindible.

Del análisis del proceso, se observó la ausencia de una planificación de Estado para la implementación de la

descentralización de manera ordenada y con indicadores para su medición. Y es que sucede que en los 20 años no se ha tenido una política nacional o un plan nacional que, a través de los objetivos, los lineamientos y las acciones, pueda estructurar y vincular la gestión pública nacional con la gestión territorial, medir su avance e incorporarnos a una gestión para resultados.

La descentralización se entendió como la transferencia de las competencias y las funciones del gobierno nacional a los gobiernos regionales y locales, y finalizada esta no se tuvo un diseño de medición del ejercicio de las funciones a cargo de los gobiernos subnacionales. Lo más cercano a esto ha sido la aprobación de la matriz de delimitación de competencias y asignación de funciones de los sectores en los tres niveles de gobierno<sup>(3)</sup>.

La alta brecha social y de infraestructura, el débil desarrollo económico territorial y los pocos recursos presupuestales obligan a los tres niveles de gobierno a ser innovadores y consensuar las prioridades territoriales, para lo cual son necesarios espacios de articulación de políticas públicas donde los mecanismos de coordinación, colaboración y cooperación permitan los consensos en sus autoridades. Así, el Consejo de Coordinación Intergubernamental se convierte en una de las principales instancias a desarrollar con eficiencia para buscar los logros que el país requiere con una debida articulación de la gestión nacional y la territorial, con el fin de conducir a los cambios sociales para una mejor calidad de vida de las ciudadanas y los ciudadanos.

## 3. El Consejo de Coordinación Intergubernamental

Con la aprobación de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en el año 2007, se establece que entre las funciones del presidente del Consejo de Ministros está la de presidir y convocar el Consejo

(3) Resolución Ministerial 188-2008-PCM, que aprueba Directiva No. 003-2008-PCM/SGP, Lineamientos para la elaboración de la matriz de Competencias y Funciones de los ministerios que tienen a su cargo competencias exclusivas y compartidas.



de Coordinación Intergubernamental (CCI), integrado por los gobernadores regionales y los representantes de alcaldes, con la finalidad de fortalecer la descentralización y las políticas de Estado. Señala que el funcionamiento será tomado por un reglamento.

Después de 14 años, se aprueba el reglamento del Consejo de Coordinación Intergubernamental (CCI) mediante el Decreto Supremo 050-2021-PCM<sup>(4)</sup>, y recién el 24 de agosto de 2021, en la primera sesión ordinaria, se procede a su instalación, en la que participaron los integrantes del consejo directivo: por parte del gobierno nacional, el presidente del Consejo de Ministros y los ministros de Estado de Educación, Desarrollo Agrario y Riego, Salud, Transportes y Comunicaciones, Economía y Finanzas; por parte de los gobiernos regionales, el presidente y el vicepresidente de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales; y, por parte de las municipalidades, el presidente de la Asociación de Municipalidades del Perú, el presidente de la Red de Municipalidades Urbanas y Rurales del Perú y la representante de la Red Nacional de Mujeres Autoridades del Perú. Además, participaron, con voz, pero sin voto, el viceministro de Gobernanza Territorial y el presidente del Comité Directivo del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN).

La instalación del CCI desencadena su activación para lograr su finalidad como órgano de articulación y coordinación del proceso de descentralización en tres niveles de gobierno, siendo lo más resaltante lo establecido en el reglamento:

Fortalecer la gobernanza, conducción, implementación y seguimiento del proceso de descentralización, en tanto política transversal y permanente del Estado y coadyuvar al desarrollo territorial en el marco del proceso de descentralización, facilitando y garantizando el alineamiento de políticas-objetivos, orientaciones, prioridades y recursos en los territorios; en la perspectiva de construir, gestionar y monitorear agendas de desarrollo territorial, que incluyan planes de implementación de políticas territoriales y programas de inversión anual y multianual (PCM, 2021).

En este marco se desarrollará la actuación de las instancias operativas del Consejo de Coordinación Intergubernamental (CCI) en el proceso de articulación de políticas públicas.

### **3.1. Las instancias operativas del Consejo de Coordinación Intergubernamental**

Las instancias operativas están establecidas en el reglamento del CCI, y son espacios donde se consensua acciones de desarrollo y la implementación de políticas y estrategias.

#### **3.1.1. El GORE Ejecutivo**

Una de las instancias operativas de mayor antigüedad es el GORE Ejecutivo, que ha tenido 16 ediciones ordinarias (y 2

ediciones extraordinarias). El primer GORE Ejecutivo se realizó el 1 de setiembre de 2016 en la ciudad de Lima y el último, el 2 y el 3 de diciembre de 2021 en la ciudad de La Libertad.

El GORE Ejecutivo está regulado por el reglamento del CCI (PCM, 2021), en el que se indica que su principal función es la de articular los avances y los resultados de las políticas territoriales y monitorear su inversión y los servicios públicos. Está integrado por el Presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros, los 18 ministros de Estado, los 25 gobernadores regionales y el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, lo que permite una interacción de las decisiones relacionadas con las políticas y las intervenciones públicas territoriales.

La Secretaría de Descentralización (Secretaría de la Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros, 2022b) realizó un análisis de los GORE Ejecutivos (16 ordinarios y 2 extraordinarios), a través de una metodología aplicada para establecer los resultados de las reuniones del más alto nivel de gobierno nacional y regional, y los compromisos que se asumieron, para determinar su nivel de impacto en la implementación de las políticas multisectoriales y sectoriales en los territorios.

Se observó que existían 6,682 pedidos en los 16 GORE Ejecutivos, por lo que fue necesario su análisis para conocer los motivos de tan elevado número de pedidos en tan pocos eventos; pues, como instancia operativa de alto nivel de decisión gubernamental, no se entendía cómo los gobernadores regionales y sus equipos técnicos presentaron, en apenas 2 días de realización, tal elevado número de pedidos y que los ministerios asumieran los compromisos de atención de los referidos pedidos.

Los pedidos se clasificaron, según criterios, en categorías y subcategorías. La categoría 1 se dividió en 4 subcategorías: servicios, proyecto de inversión pública, gestión y otros.

(4) Decreto Supremo 050-2021-PCM, publicado el 23 de marzo de 2021 en el diario oficial *El Peruano*, que aprueba el Reglamento del Consejo de Coordinación Intergubernamental (CCI), que consta de cuatro (4) capítulos, veintiocho (28) artículos y tres (3) disposiciones complementarias finales.

**Figura 1.** Descripción de la categoría 1

Nota. Adaptado del *Informe del análisis del estado situacional de los GORE Ejecutivos*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), 2022b, p.7. (<https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393977-informe-del-analisis-del-estado-situacional-de-los-gore-ejecutivos>). Copyright 2022 de SD-PCM.

La categoría 2 se dividió en 7 subcategorías: asistencia técnica, ejecución, financiamiento, información, mejoras, personal y otros.

**Figura 2.** Descripción de la categoría 2

Nota. Adaptado del *Informe del análisis del estado situacional de los GORE Ejecutivos*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), 2022b, p.8. (<https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393977-informe-del-analisis-del-estado-situacional-de-los-gore-ejecutivos>). Copyright 2022 de SD-PCM.

El gobierno regional con mayor cantidad de pedidos fue San Martín (con 330 pedidos) y el que tuvo menor cantidad fue el Gobierno Regional del Callao (con 113 pedidos).

Los sectores también formulan pedidos a los gobiernos regionales, siendo los que realizaron mayores pedidos el Ministerio de Salud (con 535 pedidos) y el Ministerio de Educación (con 314 pedidos); y los sectores con menos pedidos fueron el Ministerio del Interior (con 2 pedidos) y el Ministerio de Defensa (con 4 pedidos).

En correspondencia con los pedidos por parte de los gobiernos regionales y los sectores, se debe cuidar el cumplimiento de los compromisos por atender los pedidos. Los gobiernos regionales con mayores compromisos asumidos son Ayacucho (con 98 compromisos) y Pasco (con 91 compromisos). Los gobiernos regionales con menos compromisos asumidos son la Municipalidad Metropolitana de Lima (la que asume como gobierno regional y cuenta con 23 compromisos) y Callao (con 40 compromisos). Esto indica que hay muy pocos compromisos asumidos en los 16 GORE Ejecutivos, lo que refleja una interacción débil frente a los compromisos asumidos por los sectores, como veremos a continuación.

Ahora que hablaremos de los sectores y sus compromisos, cabe resaltar a los sectores que tienen mayor interacción con los gobiernos regionales por su gran demanda de pedidos. Así, el Ministerio de Salud asumió 996 compromisos; el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 968 compromisos; el Ministerio de Educación, 836 compromisos; el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, 640 compromisos; y los demás sectores, un menor número tal como se muestra en el gráfico 3.

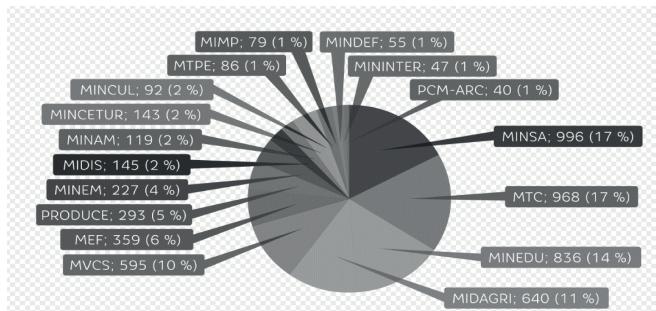
La distribución de los compromisos refleja donde están las mayores brechas de bienes y servicios públicos que necesitan ser atendidos por el gobierno. Cabe mencionar que los cuatro sectores mencionados representan el 59 % de los compromisos. Para el análisis se puede determinar la poca articulación entre los dos niveles de gobierno (los sectores y los gobiernos regionales) y que se necesita atender los cuellos de botella para desatascar los proyectos de inversión o las intervenciones públicas en el caso de los sectores sociales.

Y como los compromisos deben ser cumplidos, vamos a analizar este aspecto. Para ello, tomaremos como referencia a los cuatro sectores con mayor cantidad de compromisos; así, tenemos al Ministerio de Salud con 100 % de cumplimiento, al Ministerio de Educación con 98 % de cumplimiento, al Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego con 96 % de cumplimiento y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones con 88 % de cumplimiento. Se observa un alto porcentaje de cumplimiento



por los sectores, lo que representa un importante avance en la articulación de los proyectos y las intervenciones territoriales.

**Figura 3.** Distribución de compromisos asumidos por sector



Nota. Adaptado de *Informe del análisis del estado situacional de los GORE Ejecutivos*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), 2022b, p.21. (<https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393977-informe-del-analisis-del-estado-situacional-de-los-gore-ejecutivos>). Copyright 2022 de SD-PCM.

Del análisis de las categorías y las subcategorías de pedidos y compromisos, se determina que, en las 16 ediciones ordinarias de los GORE Ejecutivos, se han atendido pedidos relacionados con la propia gestión regional, de forma individual, y que no es necesario un evento que congregue a los 25 gobernadores regionales y a los 18 ministros de Estado, a pesar de que la finalidad de esta instancia operativa del CCI es analizar y proponer proyectos macroterritoriales, normas nacionales, políticas de Estado y de gobierno que, por su magnitud de impacto, benefician en forma colectiva a todos los departamentos.

De la revisión de los pedidos y los compromisos, todos sin excepción están referidos a un determinado gobierno regional o sector, pero no tenemos como agendas o compromisos ni proyectos multisectoriales e interregionales ni rediseños de políticas sectoriales y territoriales ni propuestas de normas que justifiquen la participación de todos los ministros y los gobernadores regionales en un solo acto de articulación y consenso de políticas públicas y evaluación del proceso de descentralización. De esta forma, tenemos que las agendas de compromisos están relacionadas con la problemática departamental y no con la apuesta de la regionalización tan ansiada y pendiente en la historia del Perú.

### 3.1.2. El MUNI Ejecutivo

Otro espacio de articulación es el MUNI Ejecutivo<sup>(5)</sup>, que tiene como finalidad la coordinación y la articulación de las políticas y la gestión de las agendas territoriales que pueden considerar ámbitos regionales y/o macrorregionales, aspecto importante a

tener en cuenta y que tiene relación con las mancomunidades municipales.

Está conformado por el presidente del Consejo de Ministros, los ministros convocados, el gobernador regional y los alcaldes provinciales. De esta manera, se observa en la norma que no lo integran los alcaldes distritales debido a la gran cantidad de municipalidades distritales existentes, que llegan a 1,678, lo que haría imposible la realización del MUNI Ejecutivo; ya que masivamente esta instancia no lograría su finalidad. Pero, ante la discriminación en la norma, se llevaron a cabo MUNI Ejecutivos que tuvieron la participación de los alcaldes distritales, lo cual se analizará más adelante.

Una importante función que debe valorarse es que la articulación y la coordinación se realizan con visión de desarrollo territorial, además de que la acción pública comprende los tres niveles de gobierno. Sin embargo, en el ámbito local, esta instancia permite una evaluación de la intervención pública de forma integral, con la participación de los ministros, el gobernador regional y los alcaldes provinciales.

Desde el 28 de abril de 2017 se han desarrollado 26 MUNI Ejecutivos y se han tenido varios cambios de mejora en la organización y el desarrollo de estos. Por ejemplo, se contó con la participación de los alcaldes distritales cuyas agendas de desarrollo se vincularon con las agendas provinciales, pues se solicitaba la atención a los problemas relacionados con sus proyectos de inversión, mayores presupuestos, asuntos limítrofes, contrataciones de personal, etc., pedidos que se remitían a los alcaldes provinciales y que la autoridad regional apoyaba. Sin embargo, las funciones de los MUNI Ejecutivos son otras, por lo que se estaría desnaturalizando su finalidad. No se puede negar que la problemática de las municipalidades la constituyen el cierre de brechas sociales y la generación de mayor inversión para el desarrollo territorial, pero el motivo de la reunión con la presencia de los más altos funcionarios del gobierno no es aprovechado correctamente.

(5) Artículos 21 y 22 del Decreto Supremo 050-2021-PCM.

**Tabla 1.** MUNI Ejecutivos

1	MUNI Ejecutivo Loreto	28 de abril de 2017
2	MUNI Ejecutivo Ayacucho	21 y 22 de junio de 2017
3	MUNI Ejecutivo Lima	24 y 25 de agosto de 2017
4	MUNI Ejecutivo Junín	6 y 7 de diciembre de 2017
5	MUNI Ejecutivo Cusco	14 y 15 de diciembre de 2017
6	MUNI Ejecutivo Departamental Puno	27 de abril de 2018
7	MUNI Ejecutivo Departamental Ucayali	4 de mayo de 2018
8	MUNI Ejecutivo Departamental Cajamarca	10 de mayo de 2018
9	MUNI Ejecutivo Departamental Huánuco	17 de mayo de 2018
10	MUNI Ejecutivo Departamental Tacna	24 de mayo de 2018
11	MUNI Ejecutivo Departamental San Martín	1 de junio de 2018
12	MUNI Ejecutivo Departamental Piura	12 y 13 de junio de 2018
13	MUNI Ejecutivo Departamental Arequipa	22 de junio de 2018
14	MUNI Ejecutivo Departamental Áncash	27 y 28 de junio de 2018
15	MUNI Ejecutivo Departamental Pasco	2 de agosto de 2018
16	MUNI Ejecutivo Departamental Madre de Dios	28 de agosto de 2018
17	MUNI Ejecutivo Departamental Tumbes	12 y 13 de septiembre de 2018
18	MUNI Ejecutivo Departamental Moquegua	11 de octubre de 2018
19	MUNI Ejecutivo Departamental Moquegua	17 de enero de 2019
20	MUNI Ejecutivo Departamental Cajamarca	5 de febrero de 2019
21	MUNI Ejecutivo Departamental Cusco	13 y 14 de febrero de 2019
22	MUNI Ejecutivo Departamental Ica	6 y 7 de marzo de 2019
23	MUNI Ejecutivo Departamental Madre de Dios	15 de marzo de 2019
24	MUNI Ejecutivo del Bicentenario Ayacucho	6 de noviembre de 2021
25	MUNI Ejecutivo Departamental Puno	27 de noviembre de 2021
26	MUNI Ejecutivo Departamental Apurímac	7 de diciembre de 2021

Nota. Adaptado de *MUNI Ejecutivo*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), s. f., p. (<https://www.descentralizacion.gob.pe/index.php/muni-ejecutivo/>). Copyright 2022 de SD-PCM.

Considerando que el evento se realiza en 1 o 2 días y que el número de alcaldes provinciales y distritales participantes, en algunos departamentos, en promedio, supera los 60 y en otros departamentos, como Áncash y Puno, supera los 100; es imposible, metodológicamente, en pocas horas, evaluar el desarrollo territorial de las provincias del departamento.

El rediseño de los MUNI Ejecutivos es urgente para mejorar su desarrollo en los próximos eventos, ya que resulta viable para departamentos con pocas provincias y distritos; pero no lo es en aquellos departamentos, como por ejemplo Puno, Áncash, Cajamarca, Ayacucho, Junín, Lima y Arequipa, con más de 96 municipalidades.

Debido a la participación de los alcaldes distritales a los MUNI Ejecutivos -además de la de los alcaldes provinciales, el gobernador regional y los ministros de Estado, como corresponde-, ocurrió que el formato de los referidos espacios no resultó eficaz para su propósito; por lo que, a través de la instancia operativa del CCI denominada Otros Encuentros Intergubernamentales, se procedió a realizar Reuniones Ejecutivas, que tenían como objetivo agendas definidas y de rápida actuación.



**Tabla 2.** Número de municipalidades provinciales y distritales

No.	Departamento	Distrito	Provincia	Total general
1	Amazonas	77	7	84
2	Ancash	146	20	166
3	Apurímac	78	7	85
4	Arequipa	101	8	109
5	Ayacucho	113	11	124
6	Cajamarca	114	13	127
7	Callao	6	1	7
8	Cusco	103	13	116
9	Huancavelica	95	7	102
10	Huánuco	73	11	84
11	Ica	38	5	43
12	Junín	115	9	124
13	La Libertad	71	12	83
14	Lambayeque	35	3	38
15	Lima	161	10	171
16	Loreto	45	8	53
17	Madre De Dios	8	3	11
18	Moquegua <sup>(a)</sup>	18	3	21
19	Pasco	26	3	29
20	Piura	57	8	65
21	Puno	97	13	110
22	San Martín	68	10	78
23	Tacna	24	4	28
24	Tumbes	10	3	13
25	Ucayali	15	4	19
	Total General	1,694	196	1,890

Nota. Adaptado del reporte temático No. 85/2021-2022, por el Área de Servicios de Investigación y Seguimiento Presupuestal del Congreso de la República, 2022, p. 3. (<https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/DIDP/files/2021-2022-informestematico-rt-85-las-municipalidades-y-el-per-capita.pdf>). Copyright 2022 de Congreso de la República.

(a): Se incorpora el distrito de San Antonio en el departamento de Moquegua, creado por Ley 31216.

### **3.1.3. Encuentros Intergubernamentales**

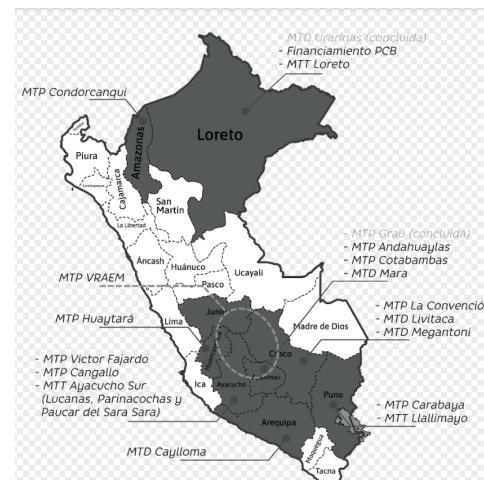
El reglamento del CCI deja abierta la posibilidad de crear más instancias para el cumplimiento de su objetivo, finalidad y funciones, dependiendo de las necesidades o los requerimientos de los actores nacionales y territoriales.

## A) Mesas Técnicas de Desarrollo

Hasta setiembre de 2022, se han conformado 20 mesas técnicas (Secretaría de Descentralización de la Presidencia)

del Consejo de Ministros, 2022d). La mayor cantidad de estas, en la zona sur centro del país, la cual es una zona conflictiva por diferentes motivos, pero a la vez, en algunas partes, es de explotación minera, cuyo beneficio radica en la distribución del canon minero y regalías.

**Figura 4.** Ubicación de las Mesas Técnicas de Desarrollo en el territorio nacional



Nota. Adaptado del *Informe de las mesas técnicas para el desarrollo territorial*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), 2022d, p. 9. (<https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393980-informe-de-las-mesas-tecnicas-para-el-desarrollo-territorial>). Copyright 2022 de SD-PCM.

(a): La mayor cantidad de Mesas Técnicas está en territorios de mayor conflicto y en algunos casos en departamento con explotación minera

Esta observación guarda correlación pues la Mesa Técnica de Desarrollo (en adelante, "MTD") de Megantoni, según la distribución de canon en el año 2021, tiene aproximadamente 253 millones de soles, y la MTD de la Provincia de La Convención tiene otros 4 distritos que figuran en la lista de los 10 distritos con mayor canon nacional: Pichari con aproximadamente 136 millones de soles, Echarate con un poco más de 103 millones de soles, Kimbiri con más de 98 millones de soles y Quellouno con algo más de 75 millones de soles. También puede observarse que el departamento de Cusco tiene 6 distritos en la lista de mayor canon.

**Tabla 3.** Diez Gobiernos locales con mayor canon del año 2021 (soles)

Departamento	Provincia	Distrito	Total canon 2021
Cusco	La Convención	Megatoni	253,340,014
Áncash	Huari	San Marcos	154,150,249
Cusco	La Convención	Pichari	136,438,811
Cusco	La Convención	Echarate	103,104,731
Cusco	La Convención	Kimbiri	98,781,325
Moquegua	Mariscal Nieto	Moquegua	89,125,010
Cusco	La Convención	Quellouno	75,762,468
Cusco	Espinar	Espinar	72,579,818
Tacna	Jorge Basadre	Ilabaya	67,621,519
Áncash	Santa	Nuevo Chimbote	66,430,247

Nota. Adaptado de la base de datos de la consulta de ejecución de gasto, por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), (<https://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx>). Copyright 2022 de MEF.

Otro aspecto resaltante de las mesas técnicas es que son temporales, además de que tienen una estructura con representantes de los tres niveles de gobierno. Por otro lado, considerando que la resolución de su creación es una Resolución Ministerial, le corresponde la Presidencia al presidente del Consejo de Ministros, y también cada mesa técnica está integrada por representantes de ministerios seleccionados, del gobierno regional, de municipalidades seleccionadas y de algunas organizaciones de la sociedad civil.

Las mesas técnicas en su mayoría (11) provienen de territorios conflictivos, donde constituyen la solución a la frustrada atención de los diversos pedidos realizados por sus actores territoriales. En ese sentido, ante la falta de eficiencia de la gestión del conflicto y/o ante la intransigencia de los actores para conciliar posiciones, se procedió a la implementación de las mesas técnicas orientándolas a los proyectos de inversión o crecimiento territorial, y separando los temas de conflictividad, cuyo tratamiento requiere la intervención de los sectores y que se establezcan diferentes formas de intervención en el corto o el mediano plazo. Las mesas técnicas con territorios conflictivos son las de Loreto, Caylloma, Condorcanqui, VRAEM, Llallimayo, Mara, Cotabambas, La Convención, Ayacucho Sur y la ZAE de Chumbivilcas.

## B) Consejos de Ministros Descentralizados

Con la descripción de los GORE Ejecutivo, los MUNI Ejecutivo y las Reuniones Ejecutivas, las autoridades regionales y locales

exigían un formato de mayor impacto de articulación entre todas las autoridades del territorio, el cual incluyera a los congresistas y la sociedad civil.

En los *Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública: Perú*. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2016) se hace un análisis sobre la descentralización y los mecanismos de gobernanza multinivel; asimismo, se establecen recomendaciones, siendo las de mayor importancia las siguientes: “establecer plataformas para el diálogo intergubernamental de manera regular e institucionalizar el diálogo entre los representantes nacionales en las regiones con las autoridades subnacionales correspondientes”, pues la eficacia de estas instancias es baja, siendo su mayor debilidad los consensos y la implementación de las políticas públicas. Asimismo, recomienda “alentar el compromiso y la participación de los actores de la sociedad civil en la formulación de las políticas y diseño de servicios públicos”.

Otro aspecto del estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es la participación de la sociedad civil en la formulación de políticas públicas abiertas e inclusivas basándose en principios rectores<sup>(6)</sup> que consolida la relación de gobierno-sociedad. Precisamente son los espacios de diálogo multiactor los que representan el formato de gobernanza para la toma de decisiones, donde la información, la consulta y la participación de los actores garantizan el desarrollo territorial.

Toda plataforma de articulación y coordinación tiene sus lados fuertes y débiles, dependiendo del contexto en el que se desarrolla y la agenda a realizar, pues los temas siempre estarán direccionados a las soluciones del problema público y a cubrir las necesidades de las ciudadanas y los ciudadanos; es decir, a producir un cambio en el territorio que mejore el bienestar de las personas. Una de las plataformas de articulación la constituyen los Consejos de Ministros Descentralizados, llamados así

(6) Principio de Coordinación: Las iniciativas para informar a la sociedad civil, consultar con la misma y hacerla participar deben estar coordinadas dentro de cada nivel de gobierno y en todos los niveles para asegurar la coherencia de las políticas, evitar duplicidad y reducir el riesgo de “fatiga de consulta”.



porque los ministros de Estado realizan su sesión con una agenda que involucra al departamento que visitan, donde participan las autoridades regionales y locales.

En el gobierno del presidente Ollanta Humala se llevaron a cabo más de 20 Consejos de Ministros Descentralizados en los que las autoridades locales y regionales presentaban sus proyectos, necesidades y problemas de gestión. Esta dinámica de reuniones multinivel también se realizó en el gobierno del presidente Pedro Pablo Kuczynski.

El 29 de octubre de 2021 se desarrolló un Consejo de Ministros Descentralizado en la ciudad de Cusco donde se tuvo la participación del presidente de la república Pedro Castillo, el presidente del Consejo de Ministros y ministros de Estado. Su agenda fue propia de un consejo ordinario sobre temas del departamento y nacionales. Además, estuvo invitado el gobernador regional de Cusco, quien presentó diversos pedidos.

**Tabla 4.** Consejos de Ministros Descentralizados

Consejos de Ministros Descentralizados	Lugar	Fecha
I. Consejo de Ministros Descentralizado	Cusco, Cusco	29/10/2021
II. Consejo de Ministros Descentralizado	Moquegua, Moquegua	07/01/2022
III. Consejo de Ministros Descentralizado	Acobamba, Huancavelica	25/03/2022
IV. Consejo de Ministros Descentralizado	Huancayo, Junín	07/04/2022
V. Consejo de Ministros Descentralizado	Huánuco, Puno	08/04/2022
VI. Consejo de Ministros Descentralizado	Cusco, Cusco	22/04/2022
VII. Consejo de Ministros Descentralizado	La Mar, Ayacucho	27/04/2022
VIII. Consejo de Ministros Descentralizado	Coronel Portillo, Ucayali	28/04/2022
IX. Consejo de Ministros Descentralizado	Nasca, Ica	06/05/2022
X. Consejo de Ministros Descentralizado	Tumbes, Tumbes	11/05/2022
XI. Consejo de Ministros Descentralizado	Pasco, Pasco	13/05/2022
XII. Consejo de Ministros Descentralizado	Huánuco, Huánuco	17/05/2022
XIII. Consejo de Ministros Descentralizado	Luya, Amazonas	27/05/2022
XIV. Consejo de Ministros Descentralizado	Maynas, Loreto	30/05/2022
XV. Consejo de Ministros Descentralizado	Yauyos, Lima	14/06/2022
XVI. Consejo de Ministros Descentralizado	Tacna, Tacna	18/06/2022
XVII. Consejo de Ministros Descentralizado	Arequipa, Arequipa	21/06/2022
XVIII. Consejo de Ministros Descentralizado	Huaraz, Áncash	30/06/2022
XIX. Consejo de Ministros Descentralizado	Celendín, Cajamarca	07/07/2022

Nota. Adaptado de *Consejo de Ministros Descentralizado*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), s. f., (<http://www.descentralizacion.gob.pe/index.php/consejo-de-ministros-descentralizado/>). Copyright 2022 de SD-PCM.

Fortaleciendo el Consejo de Coordinación Intergubernamental, instalado el 14 de agosto de 2021, en el marco de la instancia operativa denominada Encuentros Intergubernamentales<sup>(7)</sup>, y con el objeto de dinamizar la participación de los actores territoriales y tener mayor interacción en la construcción y la gestión de las agendas territoriales prioritarias, el 7 de enero de 2022, en la ciudad de Moquegua, se desarrolló el II Consejo de Ministros Descentralizado, cuyo formato fue diferente. Así, en la agenda se estableció como primer punto el diálogo y la articulación de las políticas de gobierno con las autoridades regionales y locales del departamento, y la implementación de prioridades de desarrollo territorial, por lo que se inició considerando la presencia de los alcaldes y dando las facilidades para intervenir con el fin de que expresen sus pedidos a los ministros de Estado. Toda la participación se registró en las relatorías donde figuran los pedidos y los compromisos de las autoridades participantes.

El 1 de abril de 2022 se produjeron disturbios y saqueos en la ciudad de Huancayo, causados por el alza del costo de vida como consecuencia de la pandemia y asociada a la huelga nacional de transportistas y organizaciones agrarias. La respuesta del gobierno nacional fue hacerse presente con una delegación de ministros para iniciar el diálogo con los actores de la sociedad civil que conducían las protestas. Uno de los acuerdos entre las autoridades nacionales y los líderes de las organizaciones y los gremios sociales fue la realización de un Consejo de Ministros Descentralizado para atender las demandas de la población y las autoridades del departamento de Junín.

El 7 de abril de 2022 se desarrolló el IV Consejo de Ministros Descentralizado, en el que participaron el presidente de la república, el presidente del Consejo de Ministros, ministros de Estado, el gobernador regional, alcaldes provinciales y distritales y, por primera vez, se contó con la presencia

(7) Instancia operativa del CCI, Artículo 24 del Decreto Supremo 050-2021-PCM.



de congresistas de la república, organizaciones y gremios de la sociedad civil representados por sus principales dirigentes, quienes hicieron uso de la palabra con demandas y soluciones a sus problemas. En el desarrollo de la sesión, las autoridades regionales y municipales llevaron a cabo numerosos pedidos y los ministros asumieron compromisos, los cuales quedaron registrados en la relatoría (PCM, 2022a).

Este dinamismo se mantuvo en los próximos Consejos de Ministros Descentralizados, los que tuvieron como invitados a congresistas de la república y a organizaciones de la sociedad civil y del sector empresarial, para escuchar sus demandas relacionadas con los problemas de los territorios, las mismas que fueron recibidas por los ministros de Estado y funcionarios de los organismos adscritos a los sectores.

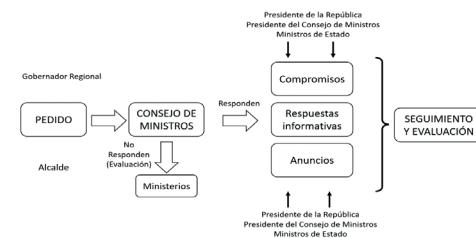
Los pedidos de las autoridades y los dirigentes de la sociedad civil fueron diversos. Muchos estaban asociados a demandas que tenían años de antigüedad y que no fueron atendidas por los anteriores gobiernos nacionales, por lo que se procedió a clasificar las demandas por la temporalidad: las de corto plazo, que pueden ser atendidas rápidamente; las de mediano plazo, que, por su naturaleza técnica y normativa, necesitan de procedimientos para que se cumplan; y las demandas de largo plazo, que necesitan una inversión de gran escala y cuya ejecución se desarrolla en varios años.

Considerando solo el año 2022, se realizaron 17 Consejos de Ministros Descentralizados (en adelante, “CMD”)<sup>(8)</sup>, del 7 de febrero al 7 de julio de 2022 -es decir, en 7 meses- participando 650 alcaldes provinciales y distritales, 17 gobernadores regionales, 16 ministros de Estado en promedio, 2 viceministros en promedio, 38 congresistas de la república, 42 asesores de los congresistas, 62 funcionarios de los equipos técnicos en promedio, 584 funcionarios de los gobiernos regionales y 605 funcionarios de los equipos técnicos de las municipalidades provinciales y distritales.

En la II sesión del Consejo de Coordinación Intergubernamental (en adelante, “CCI”), realizada el 22 de julio de 2022, como puntos de agenda estuvieron el informe de elaboración de la Política Nacional de Descentralización, el Informe Anual de Descentralización del año 2021 y el balance de resultados de las instancias operativas del CCI (Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros, 2022c). Así, el secretario técnico presentó ante los miembros del Comité Directivo el informe del desarrollo y logros del GORE Ejecutivo, MUNI Ejecutivo, Encuentros Intergubernamentales (Mesas Técnicas, Consejos de Ministros Descentralizados y Reuniones Ejecutivas), mientras que en el Acuerdo No. 04-2022, por unanimidad, el Comité Directivo aprueba el balance de los resultados de las instancias operativas informadas.

Las mayores debilidades de las instancias operativas del CCI fueron la clasificación de los pedidos y el seguimiento del cumplimiento de los compromisos por parte de los sectores, por lo que se procedió a modificar el reglamento del CCI, mediante el Decreto Supremo 096-2022-PCM, el cual en su artículo 15-A estableció el registro; los criterios para asumir compromisos; el seguimiento de pedidos y/o compromisos y la transparencia. Todo ello permitió un orden de los pedidos, pero sobre todo responsabilidad de los sectores por informar a las autoridades regionales y locales de los avances de sus compromisos. Además, se incorporaron las relatorías como documentos para registrar los pedidos y los compromisos, los criterios de viabilidad a cargo de los sectores, y las reuniones preparatorias sectoriales con registro en relatorías y lo más importante constituyen publicaciones del soporte digital que permiten el seguimiento de los pedidos y los compromisos.

**Figura 5.** Proceso de seguimiento de pedidos y compromisos de las Instancias Operativas del CCI



Fuente: Elaboración propia.

Respecto a las respuestas brindadas en las instancias operativas por parte de las autoridades del gobierno nacional, se clasificaron de la siguiente forma: i) las informativas, en respuesta a alguna consulta, ii) anuncios, referidos como acciones del ministerio realizados recientemente, y iii) compromisos, considerados como acciones a realizar en el futuro. Los anuncios y los compromisos se registran en las relatorías y después en el Sistema Integral de Seguimiento

(8) No se considera el I CMD realizado en Cusco por corresponder al año 2021, ni tampoco el XV CMD en el que que por razones climatológicas no llegaron los ministros de Estado, y solo participó el presidente de la república.



de la Articulación Regional y Local (SISARL) a cargo de la Secretaría de Descentralización, que es utilizado para los seguimientos de los GORE Ejecutivo, pero se ha ampliado la configuración para las demás instancias operativas.

### C) Reuniones Ejecutivas

En el periodo agosto 2021-julio 2022 se llevaron a cabo 12 Reuniones Ejecutivas. Entre las más importantes están la desarrollada con las mancomunidades municipales, en Lima, el 22 de febrero de 2022, y el Encuentro Nacional de Mancomunidades Municipales del Perú, realizado en Calca, Cusco, el 18 y el 19 de marzo de 2022, donde se tuvo la participación de más de 100 mancomunidades municipales, del presidente del Consejo de Ministros, de ministros de Estado y del Presidente de la República. En ambos eventos se tuvo una agenda enmarcada en la reactivación del desarrollo bajo la visión de la integración territorial a través de proyectos de gran impacto, pero que requerían una mayor participación de los sectores y la modificación de la normatividad.

Otra reunión de importancia, en formato único, fue la Reunión Ejecutiva para la Construcción de la Agenda Territorial del VRAEM desarrollada en Kimbiri, Cusco, el 28 de enero de 2022, donde las protagonistas que impulsaron y asumieron el reto de conducir el desarrollo en el territorio del VRAEM, que comprende a 5 departamentos (Ayacucho, Apurímac, Cusco, Huancavelica y Junín) y 80 municipalidades provinciales y distritales, fueron las mancomunidades municipales de AMUVRAE, NORVRAEM y SURVRAEM.

Esta Reunión Ejecutiva tuvo como resultado la aprobación de la Resolución Ministerial 115-2022-PCM, que crea el grupo de trabajo denominado “Mesa Técnica para el Desarrollo Territorial Descentralizado de los valles de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro - VRAEM”, dependiente de la PCM, la cual está integrada por representantes de 17 ministerios, 5 gobiernos regionales, la Mancomunidad Regional de los Andes, las mancomunidades municipales de AMUVRAE, SURVRAEM y NORVRAEM, 9 municipalidades provinciales y sus distritales y 14 representantes de organizaciones de la sociedad civil.

Otro aspecto importante a resaltar es lograr el objetivo, el cual es la solución de la problemática económica, ambiental, social y agraria mediante una estrategia territorial, que es la conformación de tres grupos de trabajo, cada uno de ellos a cargo de una de las mancomunidades municipales, lo que activa uno de los mayores anhelos de la descentralización, que consiste en que la asociatividad territorial logre impulsar proyectos de impacto y la gestión de políticas interregionales con la agenda de mediano y largo plazo.

Asimismo, la identificación de la problemática del VRAEM se basa en metodologías que permiten trabajar con evidencias de las brechas sociales del territorio. De esta forma, se aplican los “Lineamientos Metodológicos para la Elaboración de la

Agenda Territorial para el Desarrollo y su Estrategia de Implementación”, aprobados mediante la Resolución de Secretaría de Descentralización 034-2022-PCM/SD, que se centra en el reconocimiento de los actores y las prioridades del territorio en las dimensiones económica, social y ambiental y, de forma transversal, en la dimensión política e institucional, con la utilización de criterios de priorización para la selección de las demandas de mayor urgencia para la población.

Aunque todavía está en proceso la construcción de la agenda territorial, como consecuencia de los tres talleres realizados en diferentes territorios del VRAEM y los talleres con los sectores para el análisis de las demandas prioritarias, se procederá a la validación y la publicación de la agenda territorial (en el estado que se encuentra) y la estrategia de implementación, la que vinculará a las políticas nacionales y territoriales.

La Reunión Ejecutiva para el Desarrollo Territorial de Lambayeque, realizada el 18 de febrero de 2022 en el colegio militar Elías Aguirre de Chiclayo, en la que participaron el presidente de la república; el presidente del Consejo de Ministros; los ministros de Estado, de Salud, Interior, Comercio Exterior y Turismo, Economía y Finanzas, Desarrollo e Inclusión Social, Desarrollo Agrario y Riego, Energía y Minas, Vivienda, Construcción y Saneamiento; el gobernador regional y los alcaldes provinciales y distritales, marcó una forma distinta del desarrollo de las reuniones ejecutivas.

La metodología de articulación y atención de los proyectos prioritarios de los gobiernos locales y los ministerios se desarrolló así: primero, en una sesión con todos los participantes, y después se establecieron tres mesas de trabajo (una mesa por provincia), donde el alcalde provincial y sus alcaldes distritales instalados en el aula recibían a los ministros y a sus equipos técnicos para coordinar la atención de sus pedidos. Una mesa especial fue la de Economía y Finanzas, donde el ministro de esta cartera y su equipo técnico atendían a los alcaldes según su necesidad de asistencia técnica y en sus diferentes proyectos, los cuales estaban en proceso de financiamiento.

**Tabla 5.** Reuniones Ejecutivas

Reuniones Ejecutivas	Lugar	Fecha
Reunión Ejecutiva con alcaldes Provinciales de Cusco	Cusco	29/10/2021
Encuentro Ejecutivo con alcaldes de Municipalidades Rurales y Urbanas	Lima	18/11/2021
IV Encuentro de alcaldesas del Perú	Lima	16/12/2021
Reunión Ejecutiva para la construcción de las Agenda Territorial VRAEM	Kimbiri, Cusco	28/01/2022
Reunión Ejecutiva: Consolidando Las Agendas Territoriales	Lima	17/02/2022
Reunión Ejecutiva: por el Desarrollo Territorial de Lambayeque	Chiclayo, Lambayeque	18/02/2022
Reunión Ejecutiva con las Mancomunidades Municipales de Lima	Lima	22/02/2022
Reunión Ejecutiva con el Gobierno Regional del Cusco	Lima	3/03/2022
Reunión Ejecutiva "Fortaleciendo la Capacidad de Gestión de las Municipalidades de Centros Poblados"	Lima	4/03/2022
Reunión Ejecutiva con la Mancomunidad Municipal AMUVRAE	Lima	14/03/2022
Reunión Ejecutiva con alcaldesas y Alcaldes Distritales del Perú	Lima	16/03/2022
Encuentro Nacional de alcaldes y alcaldesas del Perú	Lima	19/05/2022

Nota. Elaboración propia. Adaptado de la información publicada en los boletines de la Secretaría de Descentralización. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/colecciones/4035-boletin-informativo-secretaria-de-descentralizacion>. Copyright 2022 de SD-PCM

Este diseño de reunión multinivel de gobierno permitió la atención rápida de pedidos en la que los ministros coordinaban el destrabe de cuello de botella que paralizaba la gestión de proyectos o escuchaban las necesidades de los alcaldes para poder incorporar nuevos proyectos o gestiones relacionadas con la modificación de normas o la priorización de los recursos sectoriales. Sin embargo, la debilidad de la reunión fue que parte de los pedidos de los alcaldes eran sobre proyectos a mediano y largo plazo que necesitan un tratamiento especial, pedidos sobre proyectos que fueron declarados inviables por diferentes razones, o proyectos observados y la misma municipalidad no había levantado dichas observaciones. Además, el tiempo de la reunión era insuficiente para dar respuestas inmediatas, por lo cual eran agendadas en los ministerios para su atención.

Otro mecanismo de articulación y atención de prioridades territoriales lo constituyen las mesas técnicas de desarrollo que, por su naturaleza y composición, se vinculan al CCI. Se ha realizado la siguiente definición: “Las mesas técnicas, en cumplimiento de sus objetivos, promueven, fortalecen y conducen la elaboración, la implementación, la ejecución y la evaluación de las *Agendas para el Desarrollo Territorial*, como instrumentos que recogen los temas a ser atendidos como parte de la problemática territorial, así como las estrategias para dicha atención a corto plazo. En la nueva dinámica de los territorios, tienen relevancia técnica, política y jurídica, porque generan un ambiente propicio de trabajo conjunto entre los actores de los tres niveles de gobierno y los actores territoriales demandantes de bienes públicos”.

### 3.2. Resultados de las instancias operativas del CCI

Uno de los grandes retos es el seguimiento de los pedidos de los gobiernos regionales y locales y los compromisos de los sectores, producidos en las instancias operativas del CCI. Y esto tiene dos momentos del desarrollo, que a continuación explicaremos.

Primero, en la organización del GORE Ejecutivo, el MUNI Ejecutivo y en algunos encuentros intergubernamentales, como los Consejos Descentralizados y las Mesas Técnicas, previo al día central de la sesión, con la participación de las principales autoridades nacionales, regionales y locales, se realizan las reuniones bilaterales en las que se encuentran los equipos técnicos del gobierno regional y/o local con los equipos técnicos de los ministerios y sus entidades adscritas para revisar el avance de las políticas y los proyectos ejecutados en sus territorios, o los cuellos de botella que se presentan, para impulsar el desarrollo económico o social.

En las reuniones bilaterales se trazan los principales pedidos y compromisos sobre temas prioritarios a impulsar o que serán parte de la agenda para el desarrollo territorial<sup>(9)</sup>. Asimismo, también se desarrollan

(9) “Es una herramienta que permite identificar las prioridades de un territorio y los resultados que se buscan alcanzar en el corto y mediano plazo, para el desarrollo territorial; es consensuada mediante el diálogo por los actores de un determinado territorio”, definición establecida en el Decreto Supremo 096-2022-PCM.



relatorías donde figuran los pedidos y los compromisos, los mismos que son parte de la sesión de las instancias operativas, que se realizará a los días siguientes, donde se integrarán más pedidos y compromisos producto del intercambio entre las autoridades nacionales y territoriales.

**Tabla 6.** Pedidos según gobierno regional

GOBIERNO REGIONAL	Asistencia técnica	Ejecución	Financiamiento	Información	Mejoras	Otros	Personal	Total general
GR San Martín	19	12	122	22	76	75	4	330
GR Junín	21	29	131	21	38	49	1	290
GR Cusco	16	9	141	16	27	66	8	283
GR Lima	18	11	93	15	64	63	5	269
GR Puno	20	27	110	24	51	27	3	262
GR Ucayali	17	5	120	17	50	36	10	255
GR Huancavelica	26	10	101	22	32	56	6	253
GR Loreto	13	9	64	22	62	68	9	247
GR Madre de Dios	20	8	90	9	49	51	11	238
GR Piura	10	15	95	38	41	32	6	237
GR Ayacucho	11	5	115	11	22	68	4	236
GR Tumbes	9	8	52	18	73	61	4	225
GR Cajamarca	22	5	68	31	34	53	5	218
GR Moquegua	10	5	70	16	42	61	5	209
GR Apurímac	10	8	89	19	33	39	9	207
GR Áncash	23	13	61	15	40	51	2	205
GR Pasco	8	10	112	9	38	23	1	201
GR Huánuco	16	9	65	14	40	46	7	197
GR Arequipa	10	9	93	12	26	45	2	197
GR La Libertad	9	9	46	13	64	49	5	195
GR Amazonas	21	8	69	16	37	25	5	181
GR Lambayeque	13	13	59	11	31	24	7	158
GR Tacna	14	12	36	13	23	53	1	152
GR Ica	9	9	39	17	31	38	5	148
GR Callao	13	2	26	5	26	35	6	113
GR MML	2	0	29	4	14	50	0	99
Total general	380	260	2,096	430	1,064	1,244	131	5,605

Nota. Adaptado del *Informe del análisis del estado situacional de los GORE Ejecutivos*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), 2022b, p. 18. (<https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393977-informe-del-analisis-del-estado-situacional-de-los-gore-ejecutivos>). Copyright 2022 de SD-PCM.

Segundo, en el marco de la transparencia y la difusión de los resultados de las sesiones, las relatorías de los GORE Ejecutivos y de los Consejos Descentralizados se

publican en la página web de la Presidencia del Consejo de Ministros y la Secretaría de Descentralización<sup>(10)</sup>, y también será obligatoria la publicación en las páginas web de los ministerios acorde a lo establecido en el artículo 15-A del Decreto Supremo 096-2022-PCM<sup>(11)</sup>.

**Tabla 7.** Estado de compromisos por sectores

SECTORES	ESTADO				Total general	Nivel de cumplimiento
	CERRADO	CONCLUIDO	EN PROCESO	PENDIENTE		
CULTURA	10 %	75 %	12 %	3 %	100 %	84 %
MEF	0 %	97 %	2 %	1 %	100 %	97 %
MIDAGRI	0 %	96 %	0 %	4 %	100 %	96 %
MIDIS	1 %	99 %	0 %	0 %	100 %	100 %
MIMP	7 %	93 %	0 %	0 %	100 %	100 %
MINAM	10 %	61 %	8 %	21 %	100 %	71 %
MINCETUR	5 %	77 %	15 %	3 %	100 %	82 %
MINDEF	0 %	51 %	20 %	29 %	100 %	51 %
MINEDU	0 %	98 %	2 %	0 %	100 %	98 %
MINEM	7 %	87 %	4 %	2 %	100 %	95 %
MININTER	15 %	83 %	2 %	0 %	100 %	98 %
MINJUSDH	0 %	75 %	18 %	7 %	100 %	75 %
MINSA	0 %	100 %	0 %	0 %	100 %	100 %
MTC	13 %	75 %	9 %	3 %	100 %	88 %
MTPE	2 %	91 %	7 %	0 %	100 %	93 %
MVCS	6 %	79 %	8 %	7 %	100 %	85 %
PRODUCE	2 %	90 %	8 %	0 %	100 %	92 %
RRREE	0 %	100 %	0 %	0 %	100 %	100 %
TOTAL	3 %	90 %	4 %	3 %	100 %	-

Nota. Adaptado del *Informe del análisis del estado situacional de los GORE Ejecutivos*, por Secretaría de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros (SD-PCM), 2022b, p. 23. (<https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393977-informe-del-analisis-del-estado-situacional-de-los-gore-ejecutivos>). Copyright 2022 de SD-PCM.

- (10) Publicación de las relatorías de los GORE Ejecutivos: <http://www.descentralizacion.gob.pe/wp-content/uploads/2022/03/GORE-Ejecutivo-N15-Amazonas-MEF.pdf>. Los Consejos Descentralizados: <http://www.descentralizacion.gob.pe/index.php/consejo-de-ministros-descentralizado/>
- (11) Artículo 15-A. Registro; criterios para asumir compromisos; seguimiento de pedidos y/o compromisos; y transparencia.



Según el seguimiento de los GORE Ejecutivos (PCM-SD, 2022b), en las 16 sesiones ordinarias y las 2 extraordinarias, se realizaron 6,682 pedidos, de los cuales el 84% corresponde a los gobiernos regionales y el 16%, al gobierno nacional. Respecto a los pedidos de los gobiernos regionales, fueron asumidos 5,830 compromisos por los sectores, aclarando que un pedido, para su atención, se dividió en 2 compromisos, lo que hace que la cantidad sea mayor.

Sobre el nivel de cumplimiento de los compromisos por parte de los sectores, se tiene la tabla 7.

Las demás instancias operativas tienen su nivel de cumplimiento de compromisos, pero no se tiene aún una versión oficial, pues es gestionada de manera interna por parte de los sectores, debido a la complejidad del cumplimiento de cada pedido, por estar vinculado a las normas, los procedimientos de obligatorio cumplimiento y los presupuestos institucionales.

#### **4. Otra instancia de articulación intergubernamental: las comisiones intergubernamentales**

La ejecución de los pedidos y/o los compromisos asumidos en el Consejo Directivo y las instancias operativas del Consejo de Coordinación Intergubernamental necesitaba unas instancias que funcionen en el interior de los ministerios para hacer seguimiento y darle cumplimiento a los compromisos de los sectores. Por ello, se crearon nuevamente las Comisiones Intergubernamentales bajo la nueva versión de la gestión descentralizada y funciones, las que fueron aprobadas en el último Plan Anual de Transferencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2022<sup>(12)</sup>.

Los ministerios han establecido sus mecanismos de coordinación, colaboración y cooperación en un marco para mejorar y consolidar el ejercicio de las competencias compartidas con los gobiernos regionales y locales en el contexto del Plan Anual de Transferencias, que tiene vinculación con la implementación de las políticas nacionales sectoriales o multisectoriales que conducen como rectores.

Las Comisiones Intergubernamentales son las que mejor estructura y alcance de efectividad tienen en el proceso de articulación entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales. Esta instancia se creó con la aprobación del Decreto Supremo 047-2009-PCM<sup>(13)</sup> para fortalecer el desarrollo de la gestión descentralizada que comprendía consolidar las funciones transferidas, el fortalecimiento de

las capacidades de los funcionarios de los gobiernos subnacionales y la realización de los primeros diseños de modelos de servicios públicos. El seguimiento se realizaba a través de los Convenios de Gestión y Delegación.

Asimismo, se conformaron 14 Comisiones Intergubernamentales hasta el año 2015, siendo las más representativas las comisiones de los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo, Salud, Educación y Desarrollo Agrario y Riego, las que hasta la actualidad desarrollan actividad, a pesar de que la norma de creación de esta instancia fue derogada por el Decreto Supremo 017-2017-PCM. Su continuidad se debió a la necesidad de coordinar las competencias y las funciones compartidas.

Los componentes del desarrollo de la gestión descentralizada, en su versión del año 2014, establecidos en el capítulo II del Plan Anual de Transferencia 2009 (PCM, 2009), se enmarcaron en la dimensión administrativa del proceso de descentralización, y se relacionaron con las competencias y las funciones compartidas, con el pase del enfoque sectorial al enfoque territorial, y con el nuevo rol del ministerio como rector, y los gobiernos subnacionales como ejecutores en la prestación de los bienes y servicios. En la redacción del plan se observa aún la permanencia del enfoque sectorial, el que el nuevo modelo de gestión descentralizada pretendía cambiar, asumiendo retos como incorporar la gestión por resultados, el diálogo político entre niveles de gobierno y la organización de los ministerios mediante leyes, para consolidar el cierre de transferencia.

Han transcurrido 12 años desde el modelo de gestión descentralizada en su primera versión, el mismo que estuvo vigente hasta el año 2017 con la derogación de la norma de creación por el Decreto Supremo 017-2017-PCM. Sin embargo, permaneció como un automático por la ausencia de un nuevo modelo que reemplazara su definición conceptual y funciones acorde con los

(12) Decreto Supremo 121-2022-PCM, que aprueba el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y locales del año 2022 y dicta disposiciones en materia de descentralización.  
(13) Decreto Supremo 047-2009-PCM, que aprueba el "Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2009" y otras disposiciones para el desarrollo del proceso de descentralización.



nuevos contextos políticos, sociales y económicos, el nuevo modelo de gestión pública aprobado por la reciente Política Nacional de Modernización de Gestión Pública al 2030 (PCM, 2022c) donde desarrolla la nueva gobernanza y el modelo conceptual vinculado a la cadena de valor, que corresponde a la producción de bienes y servicios públicos, muchos de ellos relacionados con las funciones compartidas entre niveles de gobierno. Para ello, la Secretaría de Descentralización estableció los “lineamientos para la formulación de dichos modelos”<sup>(14)</sup> y la “guía metodológica para la formulación de modelos base de provisión de bienes y servicios”<sup>(15)</sup>. Ambos instrumentos fueron aprobados en el marco del reglamento de políticas nacionales<sup>(16)</sup>, donde se establece que los modelos de provisión de bienes y servicios se determinan según los roles y las responsabilidades de los tres niveles de gobierno con competencias compartidas.

Con la aprobación del Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2022 ((PCM, 2022b), se aprueba la nueva versión de la Gestión Descentralizada, donde se establece un nuevo diseño en el modelo de la gestión descentralizada bajo la condición de la concertación y articulación de los procesos y políticas de Estado, nacionales y territoriales; se incorporan las capacidades institucionales -las mismas que están comprendiendo nuevos componentes, la gobernanza multinivel y multiactor como una forma de articular y coordinar- y el uso de las tecnologías y la transformación digital para el desarrollo territorial (territorios digitales). En sus tres lineamientos se establece fortalecer las capacidades institucionales, la gobernanza multiactor y multinivel, así como los modelos de provisión de bienes y servicios.

Como instrumentos vitales para implementar la gestión intergubernamental se aprueba la creación de las Comisiones Intergubernamentales bajo una nueva versión tanto en su constitución -siendo lo resaltante la incorporación de las mancomunidades regionales y municipales- como en lo que concierne a nuevos integrantes de las comisiones, y sobre sus funciones, seguimiento y evaluación de la gestión descentralizada, el seguimiento de los pedidos y los compromisos de las instancias operativas del CCI, realizar propuestas y recomendaciones para la mejora continua de la gestión descentralizada. De esta forma, las Comisiones Intergubernamentales serán parte del CCI, como instancias operativas, las mismas que deberán regularse a través de la Secretaría de Descentralización.

## 5. Conclusiones

En los 20 años del proceso de descentralización, la continuidad de las elecciones de los gobernantes regionales y locales fortaleció la dimensión política del proceso, sobre todo en la autonomía administrativa que comprende la designación de su funcionario de confianza y la organización de sus instituciones. Sin embargo, existieron limitaciones en el ejercicio de las competencias y las funciones compartidas con el gobierno nacional a través de sus ministerios.

Los gobiernos nacionales crearon diversos espacios de articulación y coordinación para articular la Política General de Gobierno y buscar la eficiencia del ejercicio de las funciones compartidas, pero los resultados no eran los esperados por discrepancias en la visión de país. Así, se vieron interrumpidos por la presencia del enfoque sectorial sobre el enfoque territorial, el mismo que permanece porque las políticas, los planes, los programas y la normatividad no tienen el acabado final para consolidar la descentralización, reconociendo que los ministerios son rectores y los gobiernos subnacionales son ejecutores de las políticas y la provisión de los bienes y servicios públicos. La concentración del poder y la duplicidad de funciones es una constante en los últimos años, debido a la fragilidad de los gobiernos regionales y locales por el incluso modelo de gestión descentralizada. Puede verse que, de 14 Comisiones Intergubernamentales, solo permanecen 4 activas, pero con limitaciones por la falta de una norma nacional que las empodere en su trabajo de articulación interna y externa del sector.

La voluntad política del gobierno nacional es determinante para la creación de espacios de articulación o su permanencia con resultados, así tenemos que el Consejo

- 
- (14) Los Lineamientos para la formulación de modelos de provisión de servicios públicos fueron aprobados por Resolución de Secretaría de Descentralización 011-2020-PCM/SD.
- (15) La guía metodológica para la formulación de modelos base de provisión de bienes y servicios fue aprobada Resolución de Secretaría de Descentralización 014-2021-PCM/SD.
- (16) El Reglamento de Políticas Nacionales fue aprobado por Decreto Supremo 029-2018-PCM.



de Coordinación Intergubernamental (CCI) fue creado en el año 2007 con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, pero tuvieron que pasar 14 años para su reglamentación e instalación para dar funcionamiento a sus instancias operativas, las mismas que se describen en el presente artículo. En la II Sesión del CCI se informó del avance de elaboración de la Política Nacional de Descentralización, el Informe Anual de Descentralización del año 2021, las actividades realizadas por las instancias operativas (GORE Ejecutivo, MUNI Ejecutivo, Encuentros Intergubernamentales (Mesas Técnicas, Consejos de Ministros Descentralizados y Reuniones Ejecutivas), logrando acuerdos por unanimidad -es decir, consensos- lo que significa que, a pesar de las discrepancias entre sus integrantes en las formas de articular las políticas y estrategias para el desarrollo territorial, se pueden lograr consensos en los objetivos de la descentralización, pues se realizaron 57 espacios de articulación territorial entre enero de 2021 y octubre de 2022.

La nueva gestión descentralizada tiene un dinamismo acorde a los nuevos escenarios contextuales y los recientes instrumentos de gestión pública aprobados, incorporando la transformación digital para la toma de decisiones y la formulación políticas y estrategias nacionales y territoriales, fortaleciendo las capacidades institucionales y la articulación de políticas públicas a través de espacios donde logre una gobernanza territorial con la participación de actores multinivel y multiactor. Un instrumento para el desarrollo de la gestión descentralizada la constituyen las Comisiones Intergubernamentales en su nuevo formato, donde la interacción del ministerio y gobiernos subnacionales estará enfocada en la implementación de las políticas sectoriales y la producción de los servicios públicos con calidad y cobertura para el cierre de brechas sociales.

## Referencias bibliográficas

- OCDE. (2016). *Estudio sobre la gobernanza pública: Perú*. <https://www.oecd.org/countries/peru/estudios-de-la-ocde-sobre-gobernanza-publica-peru-9789264265226-es.htm>
- OCDE. (2016). *Estudio sobre la gobernanza pública: Perú*. Obtenido de <https://www.oecd.org/countries/peru/estudios-de-la-ocde-sobre-gobernanza-publica-peru-9789264265226-es.htm>
- PCM. (2009). *Decreto Supremo 047-2009-PCM, aprueba el Plan Anual de Transferencia de Competencias sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2009*. [https://diariooficial.elperuano.pe/Normas?\\_ga=2.146940660.2103362410.1665290775-1629300462.1664944797](https://diariooficial.elperuano.pe/Normas?_ga=2.146940660.2103362410.1665290775-1629300462.1664944797)
- PCM. (2021). *Decreto Supremo 050-2021-PCM. Reglamento del Consejo de Coordinación Intergubernamental*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-del-consejo-de-coo-decreto-supremo-n-050-2021-pcm-1937276-1>
- PCM. (2022a). *Acta y relatoria del IV Coonsejo de Ministros Descentralizado*. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/2993504-acta-del-iv-consejo-de-ministros-descentralizado>
- PCM. (2022b). *Decreto Supremo 021-2022-PCM, aprueba el Plan Anual de Transferencia de Competencias sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales del año 2022*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-anual-de-transferencia-d-decreto-supremo-n-121-2022-pcm-2115082-1>
- PCM. (2022c). *Decreto Supremo 103-2022-PCM, aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-la-politica-nacional-de-moderniz-decreto-supremo-n-103-2022-pcm-2097747-1>
- PCM-SD. (2022a). *Acta Informativa del XV Consejo de Ministros Descentralizado - Reunión Ejecutiva Yauyos - Lima*. <http://www.descentralizacion.gob.pe/wp-content/uploads/2022/09/Acta-XV-CMD-Lima.pdf>
- PCM-SD. (2022b). *Informe del análisis del estado situacional de los Gore Ejecutivos*. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393977-informe-del-analisis-del-estado-situacional-de-los-gore-ejecutivos>
- PCM-SD. (2022c). *Informe de las mesas técnicas para el desarrollo territorial*. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/3393980-informe-de-las-mesas-tecnicas-para-el-desarrollo-territorial>
- PCM-SD. (2022d). *Acta de la II Sesión del Consejo de Coordinación Intergubernamental - CCI* <http://www.descentralizacion.gob.pe/wp-content/uploads/2022/08/COMITE-DIRECTIVO-Acta-02-2da-Sesion-Ordinaria-del-CCI.pdf>



# Política Nacional de Transformación Digital: Aspectos centrales para la equidad digital<sup>(\*)</sup>

*National Digital Transformation Policy: Fundamental aspects to guarantee digital equity*

**Marushka Chocobar Reyes<sup>(\*\*)</sup>**

Presidencia del Consejo de Ministros (Lima, Perú)

**Resumen:** Desde hace algunos años, el Perú ha iniciado un decidido empuje hacia un proceso nacional de transformación digital que garantice el acceso a las oportunidades del entorno digital para todas las personas. Ese proceso ha sido acelerado por la exigencia de cambio y la disruptión generada por la crisis sanitaria y, a su vez, por la decisión ciudadana de incorporar lo digital en su día a día. La Política Nacional de Transformación Digital surge como un documento orientador con el propósito de impulsar la ciudadanía digital garantizando el acceso equitativo y seguro a la transformación digital y qué determina las acciones de la Agenda Digital del país hacia el 2030. El presente artículo aborda aquellos aspectos centrales de esta Política que constituirán los factores críticos de éxito para garantizar la equidad digital.

**Palabras Clave:** Equidad Digital - Transformación Digital - Agenda Digital al 2030 - Entorno Digital - Política nacional de Transformación Digital - Perú

**Abstract:** For some years, Peru has started a determined push towards a national process of digital transformation that guarantees access to the opportunities of the digital environment for all people. This process has been accelerated by the demand for change and the disruption generated by the health crisis and, in turn, by the citizen's decision to incorporate digital into their daily lives. The National Digital Transformation Policy emerges as a guiding document with the purpose of promoting digital citizenship, guaranteeing equitable and safe access to digital transformation and what determines the actions of the country's Digital Agenda towards 2030. This article addresses those aspects of this Policy that will constitute the critical success factors to guarantee digital equity.

**Keywords:** Digital Equity - Digital Transformation - Digital Agenda 2030 - Digital Environment - National Digital Transformation Policy - Peru

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 6 de noviembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 5 de diciembre de 2022.

(\*\*) Ingeniera Industrial de la Universidad de Piura (Lima, Perú). Maestría en Ingeniería de Sistemas por la Universidad de Lima. Acreditación como Directora por CENTRUM Católica, acreditación internacional en ELearning por APEC Corea y en Enseñanza para la Comprensión por Wide World de la Universidad de Harvard. Secretaria de Gobierno y Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, ente rector del Sistema Nacional de Transformación Digital del país. Durante su gestión ha impulsado el avance del Perú en los indicadores internacionales de digitalización, la promulgación de Ley de Gobierno Digital, la publicación del Estudio de Gobierno Digital en el Perú por la OCDE, la creación del Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital, del Sistema Nacional de Transformación Digital y del Marco de Confianza Digital en el país. Correo electrónico: mchocobar@pcm.gob.pe.



*“Una de las características de esta Cuarta Revolución Industrial es que no cambia lo que hacemos, sino que cambia lo que somos”*  
Klaus Martin Schwab  
Presidente Ejecutivo de Foro Económico Mundial<sup>(1)</sup>

## 1. Contexto Mundial

El Foro Económico Mundial es una organización internacional no gubernamental que reúne anualmente a los principales líderes políticos, intelectuales, empresariales, académicos y periodísticos para analizar y plantear soluciones y compromisos sobre los principales problemas que afectan al mundo.

Esta gran asamblea anual ha analizado durante años que la Cuarta Revolución Industrial, precedida por máquinas de vapor, electricidad, computadoras y tecnología de comunicaciones, hoy está vinculando sistemas digitales, físicos y biológicos. El principal reto frente a ello es establecer modelos económicos que garanticen la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía pensando en el bienestar más que en el crecimiento y donde el uso de la tecnología tenga un rol central para priorizar la eficiencia de las ciudades hacia ciudades inteligentes y la cobertura permanente de la ausencia de recursos y de las brechas sociales.

La llamada Cuarta Revolución Industrial va más allá de la producción de bienes y servicios, sino que representa también un cambio cultural y organizacional (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018). La inteligencia artificial, la impresión 3D, la robótica y otras nuevas tecnologías no solo afectan los sectores productivos, sino que tienen hoy “efectos en la salud, la educación, la vivienda o el transporte, entre otros, que abren un espacio de desafíos y oportunidades para las políticas públicas” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020).

Esto exige, de cara a las personas, la capacidad de dichos modelos económicos de transversalizar el abordaje de las tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial en todos los espacios del saber, desde los niveles educativos básicos hasta los superiores o los niveles de aprendizaje para toda la vida. Es fundamental poner a disposición de la ciudadanía espacios donde se impulse el pensamiento divergente, la creatividad y la innovación, de forma que el impacto de la robótica y la inteligencia artificial, por ejemplo, no afecte directamente los empleos sin antes haber pensado en un rediseño de las formas de trabajo.

De acuerdo a Satya Nadella, Presidente Ejecutivo de Microsoft, “la capacidad de las tecnologías digitales de generar resultados y empoderar a las personas puede realmente impulsar un crecimiento más equitativo” (Foro Económico Mundial, 2016).

Asimismo, el informe sobre “Perspectivas económicas de América Latina 2020: Transformación digital para una mejor reconstrucción” de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, la OCDE) concluye que la transformación digital brinda nuevas herramientas y oportunidades para que América Latina y el Caribe responda a la crisis generada por la pandemia de la COVID-19 y supere las dificultades de desarrollo a más largo plazo (OCDE, 2020).

En esa misma línea el Foro Económico Mundial (2016) afirma que los avances en transformación digital serán posibles “si suficientes personas adecuadas tienen la voluntad de hacer que suceda”. Asimismo, ratifica el rol central de los gobiernos para viabilizar el uso seguro y eficaz de las tecnologías y asumir el desafío de integrarse a este mundo digital en todos los niveles de la sociedad y encontrar la manera de construir las bases para las innovaciones del mañana (Foro Económico Mundial, 2016).

A finales del 2020, el Foro Económico Mundial lanzó la iniciativa “Naciones Ágiles” con la incorporación de los países más avanzados en materia digital a nivel mundial. En dicho lanzamiento se sustentó que la innovación y las nuevas tecnologías son clave para enfrentar los problemas que afectan al mundo. La disruptión generada por la pandemia ha impulsado a los gobiernos y a las empresas a encontrar nuevos modelos de crecimiento y a acelerar la digitalización dado que la tecnología está generando nuevas maneras de vivir y de comunicarnos y exigiendo regulaciones más flexibles e interoperables para poder escalar soluciones digitales que respondan a las necesidades de la ciudadanía. Es así que sobre la base de estas reflexiones llegaron a la conclusión de la necesidad de establecer “gobiernos del futuro” más innovadores, ágiles y resilientes desde donde se puedan repensar las reglas comunes y establecidas con un enfoque centrado en las personas para mejorar la sociedad<sup>(2)</sup>.

(1) Foro Económico Mundial. (2016, 18 de abril). *La Cuarta Revolución Industrial | Lo esencial* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=EeR2yTMW7Xg>

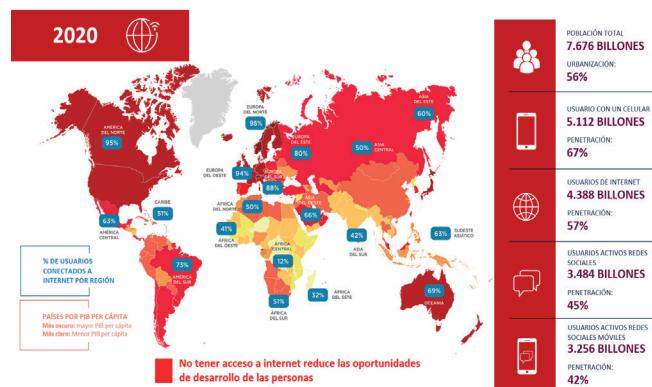
(2) Al respecto, véase <https://www.gov.uk/government/groups/agile-nations>



Bajo esa misma perspectiva, durante la Cumbre 2022 del Foro Económico Mundial se ratificó el horizonte digital en el futuro de nuestras sociedades, resaltando el papel de las tecnologías emergentes afirmando que servirán para hacer frente a varios retos urgentes de nuestra sociedad al mismo tiempo y se resaltó líneas de acción en las que no podrá dejarse de lado lo digital: la resiliencia post-covid, evolución digitales, metaverso, inclusión digital, la lucha contra el cambio climático, y la ciberseguridad. Asimismo, se abordaron los 6 principales temas que impactarán al mundo en los próximos años. El tema número 6 fue determinado como “Nuestro futuro es digital”, en el que se afirma que la tecnología puede permitir abordar múltiples retos y de manera simultánea, desde la reducción de la pobreza hasta la detención del cambio climático siempre que pueda garantizarse la inclusión, la seguridad y una regulación adecuada (Foro Económico Mundial, 2022).

Asimismo, junto con la globalización y los cambios demográficos, está generando profundos cambios en la economía global. Sin embargo, también puede convertirse en un factor de desigualdad entre las naciones. De acuerdo a las estimaciones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), hasta el 80% de la brecha de productividad entre las economías desarrolladas y emergentes se explica por el retraso en uso de nuevas tecnologías (2018). Lo anterior ha dado paso al surgimiento de nuevos derechos y/o a la evolución de otros en el uso de medios digitales. Esto, junto con la pandemia por COVID-19, ha planteado la necesidad urgente de los gobiernos de actualizar y reforzar tanto sus políticas públicas como marcos regulatorios con la finalidad de garantizar un acceso justo y asequible para toda la ciudadanía en el uso de las tecnologías digitales.

**Figura 1. Desafío de Conectividad Global**



Fuente: Fondo Monetario Internacional (2019), Listado de países ordenados por PIB per cápita en dólares estadounidenses.

Fuente: We Are Social and Hootsuite (2019), Latest collection of Global Digital 2019 reports

Fuente: Martínez Yolanda, 2020, BID.

Por estas razones y, siendo que el futuro es digital, aquel que no tenga acceso al entorno digital, no podrá participar de las oportunidades que provee lo digital para el futuro dado el gran desafío global de conectividad que enfrenta el mundo.

Como puede apreciarse en la Figura 1, a nivel mundial existe un gran desafío de conectividad que determina el acceso a oportunidades de desarrollo para millones de personas. Sin embargo, también se analiza que la mayor parte de la ciudadanía se conecta a Internet a través de celulares; es decir que puede existir un cierre de brechas de acceso si podemos construir servicios digitales accesibles a través de dispositivos móviles y llegar a esta cobertura tan necesaria a través de redes de conectividad móvil.

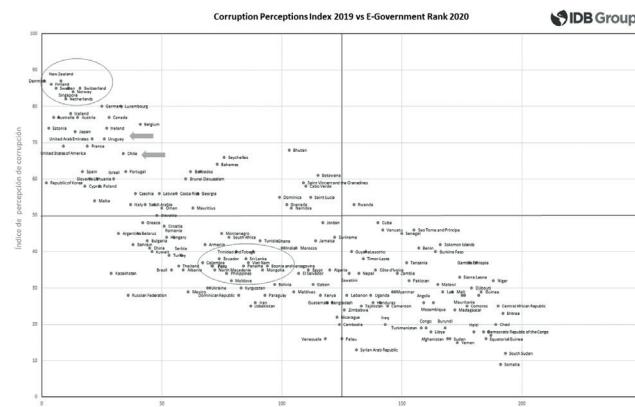
Así como los avances de conectividad y digitalización están vinculados a oportunidades para las personas también se relacionan directamente con los niveles de competitividad de los países debido al impulso digital para las empresas en el acceso a nuevos mercados, la mejora y reducción de trámites para el acceso a negocios y la transparencia en la provisión de los servicios públicos. Sumado a ello, según un estudio reciente del Banco Interamericano de Desarrollo, el avance de la digitalización en el Estado está directamente relacionado con la percepción de la corrupción en los países tal como se demuestra en el Gráfico 1.

De acuerdo al artículo de Benjamin Roseth “Burocracia y ciudadanos: Cuando los trámites son lentos, difíciles y caros” publicado en el portal Gobernarte del Banco Interamericano de Desarrollo “los procedimientos manuales, las interacciones presenciales y la falta de estandarización de procesos hacen que los trámites sean vulnerables a comportamientos deshonestos” (2018).

Por ello, en el Gráfico 1 puede apreciarse la relación entre la digitalización de los países y la percepción de la ciudadanía respecto a la corrupción. Es decir, mientras más digitalizado esté un país será menor la percepción de la ciudadanía con respecto a comportamientos deshonestos, y mientras menos digitalizado esté un país será mayor la percepción de la ciudadanía con respecto a una baja transparencia de los actos públicos.



## Gráfico 1. Índice de Percepción de Corrupción versus Índice de Gobierno Digital de Naciones Unidas



Nota: Eje X Rank E-Government (1 =el Mejor) Eje Y Puntuación del índice de corrupción. Puntaje (Más alto, es más transparente. Más bajo más corrupto).

Fuentes: ONU, (2020), E-Government Rank 2020

Fuente: Roseth Benjamin; Reyes Angela; Santiso Carlos, (2018), Fin del trámite eterno. Banco Interamericano de Desarrollo

Fuente: Martínez Yolanda BID, 2020

Es importante analizar que, según un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), América Latina y el Caribe podría aumentar drásticamente el empleo e impulsar el crecimiento económico sostenible si cerrara su brecha de conectividad digital con respecto a los miembros de la OCDE. Este avance generaría más de 15 millones de empleos directos, impulsaría el crecimiento económico regional (PIB) en un 7,7% y aumentaría la productividad en un 6,3% (BID, 2020).

La Asamblea General de la ONU ya ha reconocido la importancia de la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet, considerando aspectos como: la libertad de expresión; la calidad de la educación; igualdad entre los géneros y personas con discapacidad; seguridad en Internet; desarrollo económico, social y cultural; combatir todo tipo de violencia en Internet, entre otros aspectos (ONU, 2020). En la misma línea, para acelerar el desarrollo de los países y favorecer el cumplimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), la UIT publicó la Agenda Conectar 2030 en donde se destaca que a través de la infraestructura y la conectividad y en asociación con todas las partes interesadas que la UIT contribuirá en mayor medida al logro de los ODS (ONU, 2020).

En la región de América Latina y el Caribe, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL-ONU,

publicó la Agenda Digital para América Latina y el Caribe (2020). La agenda considera el impacto de la pandemia COVID-19 y la importancia de la cooperación institucional para abordar los desafíos a corto, mediano y largo plazo vinculados a la inclusión digital. Para ello, contempla nueve áreas de acción; un apartado específico sobre la lucha contra la pandemia y la recuperación y reactivación económica: 1) Infraestructura digital; 2) Transformación digital y economía digital; 3) Gobierno digital; 4) Inclusión, competencias y habilidades digitales; 5) Tecnologías emergentes para el desarrollo sostenible; 6) Confianza y seguridad digital; 7) Mercado digital regional; 8) Cooperación regional digital y 9) Enfrentar la pandemia y facilitar la recuperación y reactivación económica (CEPAL, 2020).

En el caso de Perú, tal como se explica en el Cuadro No. 1, la inversión necesaria para el cierre de brecha móvil bordea los US\$1,000 millones de dólares mientras que para el cierre de brecha fijo serían necesarios más de US\$3,800 millones de dólares. De esta inversión un 45% deberá hacerse en áreas rurales.

El abanico de oportunidades que genera la transformación digital es enorme, pero también los retos y los riesgos; sin embargo, la transformación digital es un fenómeno que envuelve a todas las personas, a todas las instituciones, a todas las empresas y corporaciones, a todos los países; es un fenómeno de talla mundial y de repercusiones universales que, de acuerdo al BID, se trata entonces de una “agenda irrenunciable”.

En este contexto el Reporte de Riesgos del Foro Económico Mundial ha identificado para el Perú cinco (5) principales riesgos de corto plazo que se convertirán en una amenaza para el país en los próximos dos años (Foro Económico Mundial, 2022b) siendo uno de los principales riesgos la inequidad digital, riesgo que compartimos con cerca del 60% de los países de América Latina:



**Cuadro 1. Escenario de cierre de brecha con respecto a la OCDE**

País	Inversión necesaria para el cierre de la brecha - móvil	Inversión necesaria para el cierre de la brecha - fijo	Aumento estimado del empleo directo	% del total de la inversión en áreas rurales
Brasil	\$ 4,057,805,055	\$ 17,758,097,269	3,727,628	31.0%
México	\$ 3,790,612,056	\$ 8,013,328,140	3,048,264	42.9%
Colombia	\$ 2,006,378,307	\$ 3,803,526,628	1,519,161	41.3%
Argentina	\$ 1,406,288,593	\$ 3,285,952,468	1,045,961	20.7%
Perú	\$ 1,069,530,775	\$ 3,827,997,489	917,206	45.8%
Venezuela	\$ 1,129,186,788	\$ 2,974,694,670	905,420	34.6%
Guatemala	\$ 1,125,241,660	\$ 1,148,699,142	839,725	74.2%
Ecuador	\$ 666,634,444	\$ 1,233,195,390	520,673	62.8%
Haití	\$ 595,543,939	\$ 378,651,741	476,061	70.2%
Honduras	\$ 501,252,454	\$ 852,678,253	392,007	66.5%

Fuente: BID, (2020), Informe Anual del Índice de Desarrollo de Banda Ancha

**Cuadro 2. Reporte de Riesgos del Foro Económico Mundial 2022**

Riesgo 1	Riesgo 2	Riesgo 3	Riesgo 4	Riesgo 5
Colapso del estado	Prolongado estancamiento económico	Crisis de empleo y subsistencia	Inequidad digital	Daño ambiental causado por el hombre  Proliferación de la actividad económica ilícita

Fuente: Foro Económico Mundial, (2022), Global Risks Report 2022

Este escenario exige al país el abordaje holístico de la transformación digital como un proceso de muy alto impacto para la ciudadanía y que requiere una sólida gobernanza que establezca los roles, procesos, escenarios y realidades a nivel nacional que permitan avanzar en esta ruta sin dejar a nadie atrás.

*“En términos de gobernanza, Perú ha dado pasos importantes para garantizar la sostenibilidad en materia de gobierno y transformación digital en el largo plazo”*

Barbara Ubaldi, Líder de Gobierno Digital y Datos Abiertos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos<sup>(3)</sup>

## 2. Gobernanza Digital en el Perú

A finales de 2016, Perú decide iniciar el proceso de incorporación a la OCDE. Este hito determina también el inicio de un proceso decidido de transformación digital en el país.

El Estudio de Gobernanza Pública en el Perú recomienda orientar los esfuerzos del Estado hacia una transformación digital centrada en las personas y generar un cambio de enfoque en el cual la tecnología esté al servicio de la ciudadanía. Asimismo, fundamenta la importancia de establecer un sólido marco de liderazgo en materia digital a fin de garantizar un alto compromiso político con la digitalización de los servicios públicos y los procesos internos en las entidades del Estado (OCDE, 2016). Se recomienda también desarrollar una mirada más amplia al gobierno electrónico priorizando un componente más humano que tecnológico (Chocobar, 2016).

En concreto, el proceso de transformación digital debía convertirse en un proceso más humano que digital porque es liderado por personas: servidores y servidoras públicas, para servir mejor a otras personas: ciudadanos y ciudadanas.

Desde el 2003, se ha venido construyendo un camino hacia dicha gobernanza, acelerado por la decisión de lograr la incorporación a la OCDE. Es así que, la Subjefatura de Informática del Instituto Nacional de Estadística e Informática se convirtió en la Oficina de Gobierno Electrónico e Informática en la Presidencia del Consejo de Ministros, la cual constituyó la base para la creación de la Secretaría de Gobierno Digital el 2017, siguiendo las recomendaciones de la OCDE conforme se aprecia en el Gráfico 2.

Durante ese período se promulgaron una serie de normas para facilitar el acceso de la ciudadanía al entorno digital y acelerar la digitalización en el país. Una de las normas más destacadas es, sin duda, la Ley 27269, modificada por la Ley 27310, que aprobó la Ley de Firmas y Certificados Digitales para regular la utilización de la firma digital otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita u otra análoga.

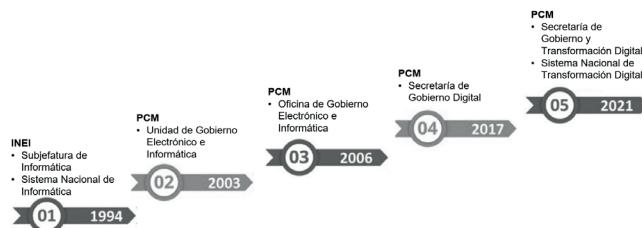
Con la creación de esta Ley, el Perú se convirtió en uno de los países pioneros en incursionar en modelos de gobierno digital

(3) Ubaldi, Bárbara (2019), <https://www.ipae.pe/cade-digital-2019/>



más avanzados. A partir de allí, el país ha dado pasos firmes en dicha materia. Es así que el 2001 se creó el Portal del Estado Peruano, el 2002 se dictó Ley de Transparencia y se inició el establecimiento del Portal Transparencia.

## Gráfico 2. Avances en la Institucionalidad Digital en el Perú



Fuente: Adaptado de la información de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

Desde 1990, existían en el Estado dos sistemas: Sistema Nacional de Estadística y Sistema Nacional de Informática. Con la creación de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (en adelante, ONGEI), se le asigna la rectoría del Sistema Nacional de Informática. Ese mismo año se creó la Comisión Multisectorial para el Desarrollo de la Sociedad de la Información - CODESI, se lanzó el SEACE - Sistema de Adquisiciones y Contrataciones del Estado y se desarrolló el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información o Agenda Digital Peruana.

Más adelante el 2013 se publica la Política Nacional de Gobierno Electrónico e Informática 2013-2017 con cinco grandes objetivos:

1. Fortalecer el gobierno electrónico mediante la interoperabilidad de datos integrados
2. Acerca el Estado al ciudadano utilizando las TIC buscando acceso oportuno e inclusivo,
3. Protección de la información con integridad, confidencialidad y disponibilidad,
4. Fomento de la inclusión digital en sectores vulnerables, respetando la diversidad cultural
5. Transformar a la sociedad peruana en una sociedad de la información (Unesco, 2013).

En noviembre de 2016 se realizó el Estudio sobre la Gobernanza Pública del Perú de la OCDE que analizó las áreas clave de la gobernanza pública del país y una de sus principales recomendaciones fue establecer el gobierno digital en el centro de la modernización del Estado Peruano. Entendiendo por gobierno digital al aprovechamiento de la tecnología para acercar el Estado al ciudadano. A partir del informe de recomendaciones de la OCDE, se inician una serie

de mejoras estructurales para garantizar la evolución del gobierno digital en el Perú.

Es así que, en agosto de 2017 se aprobó la Política 35 del Acuerdo Nacional (2017). Esta política establece un claro camino hacia la sociedad del conocimiento sobre la base del desarrollo humano y el uso de la tecnología como ruta para el acceso a la información de todas las personas.

Bajo esta Política, el Estado establece los siguientes compromisos:

1. Generará una institucionalidad multiestamentaria, con participación del gobierno, sociedad civil, academia y sector privado, con la finalidad de garantizar principios como los de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información: acceso universal a la información, libertad de expresión, diversidad cultural y lingüística, y educación para todos;
2. Fomentará el pleno ejercicio y respeto de los Derechos Humanos en todo entorno digital;
3. Promoverá, a través de la educación, la inclusión y alfabetización digital para reducir las brechas existentes y generar igualdad de oportunidades, de modo tal que ninguna persona en el Perú quede fuera de la sociedad de la información y del conocimiento;
4. Fomentará la ampliación y modernización de la infraestructura como soporte de la reducción de los aspectos digitales de la brecha social, e impulsará las ciudades inteligentes;
5. Fomentará la modernización del Estado, mediante el uso de las TIC, con un enfoque descentralista, planificador e integral;
6. Promoverá las TIC como factor de generación de empleo digno y no de exclusión, y establecerá lineamientos para la reconversión laboral en casos que las TIC generen pérdidas de empleo;
7. Promoverá la productividad y competitividad del país mediante el uso de las TIC en los sectores productivos, e impulsará una industria de las TIC;
8. Fomentará el uso transversal de las TIC en ámbitos tales como educación, salud, conservación del ambiente, seguridad



- ciudadana, prevención de riesgo de desastres, gobierno abierto, defensa nacional, innovación, investigación, transferencia de conocimiento y sectores productivos y sociales;
9. Diseñará las políticas y la regulación en materia de sociedad de la información y del conocimiento teniendo como base los principios de internet libre, abierto, neutro y para todos, así como el adecuado resguardo de la seguridad de la información;
  10. Establecerá un observatorio permanente y prospectivo en materia de la sociedad de la información y del conocimiento.

En esta aprobación participaron los 3 niveles de gobierno, los poderes del Estado, la sociedad civil, la empresa privada y la academia comprometidos por un único objetivo, asegurar el camino al desarrollo aprovechando los beneficios de la tecnología.

Con este marco y sobre la base de los logros alcanzados por la ONGE en años anteriores, el 2017 la Presidencia del Consejo de Ministros transformó la ONGE y crea la Secretaría de Gobierno Digital ratificando su rol del ente rector del Sistema Nacional de Informática creado por Decreto Legislativo 604 y conformado por todas las entidades de la administración pública, tal como se aprecia en la figura anterior y constituye la base para el desarrollo de política y estrategia en materia digital.

Partiendo del Estudio de Gobernanza se desarrollaron diversos estudios complementarios en torno a arreglos institucionales y fortalecimiento regulatorio para ejercer rectoría y liderazgo en materia digital.

Estos pilares se centran en el aseguramiento de una identidad digital para todas las personas, en el intercambio de información entre entidades públicas y privadas, en impulso de la toma de decisiones basadas en datos, en la construcción de una arquitectura digital que permite el crecimiento y escalabilidad de los servicios públicos y finalmente en el diseño y despliegue de servicios digitales orientados a la ciudadanía.

Bajo esta perspectiva, a finales de 2018 se declara de interés nacional el gobierno digital, la innovación y la economía digital con enfoque territorial y se crea el Comité de Alto Nivel por un Perú digital, innovador y competitivo. Esta declaración de interés nacional fortaleció la cooperación internacional y garantizó el crecimiento y posicionamiento del Perú en los indicadores internacionales.

Esa misma línea durante 2019, el Perú se adhiere al Convenio de Budapest contra la ciberdelincuencia mediante Resolución Legislativa 30913 aprobada, por unanimidad, por el Congreso de la República. El Convenio de Budapest es un tratado internacional creado en el año 2001 e impulsado por el Consejo de Europa para incrementar la cooperación internacional y generar marcos legales armónicos entre las naciones con el objetivo de hacer frente a la ciberdelincuencia

como único acuerdo internacional sobre delitos informáticos que, fundamentalmente, hace hincapié en las infracciones de derechos de autor, fraude informático, la pornografía infantil, los delitos de odio y violaciones de seguridad de red. Este Convenio se ha convertido en uno de los principales avances en cooperación internacional con fines de persecución penal y lucha contra el ciberdelito. Argentina, Chile, Costa Rica, Colombia, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana son los países latinoamericanos que han suscrito el Convenio (Derechos Digitales, 2022).

En esa misma línea se promulga la Ley de Ciberdefensa a fin de fortalecer el rol de las Fuerzas Armadas cuando es necesario el empleo de las capacidades de ciberdefensa contra las amenazas o los ataques en y mediante el ciberespacio en situaciones que afecten la seguridad nacional.

Por otro lado, se crea el Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital como un mecanismo para co-crear, producir, innovar, prototipar y diseñar plataformas digitales, soluciones tecnológicas y servicios digitales con las entidades públicas; así como para fomentar el desarrollo del talento digital y de una sociedad digital, con la colaboración de la academia, sector privado, sociedad civil y ciudadanos. Hasta el 2019, la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital tenía como alcance normativo y de implementación el ámbito público. La creación de Laboratorio de Gobierno permitió la conexión entre el sector público y el sector privado para el desarrollo y despliegue de iniciativas de servicios digitales, concursos de innovación abierta e impulso del talento digital.

El Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital ha avanzado a la fecha en la creación de la Red Nacional de Innovadores Digitales y la Red Nacional de Laboratorios de Innovación Digital, ambas redes fortalecidas con la Ley 31449 que fortalece el Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital para el impulso de la innovación en el ámbito público.

Es a inicios de 2020, con la promulgación del Decreto de Urgencia 006-2020 que crea el Sistema Nacional de Transformación



Digital y del Decreto de Urgencia N° 007-2020 que aprueba el Marco de Confianza Digital en el Perú, que la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital como ente rector del Sistema Nacional de Transformación Digital, amplía su alcance al sector público y al sector privado. Dicho alcance se fortalece con la promulgación del Reglamento de la Ley de Gobierno Digital y del Reglamento del Sistema Nacional de Transformación Digital en 2021.

El Sistema Nacional de Transformación Digital comprende, de manera no limitativa, las materias de gobierno digital, economía digital, conectividad digital, educación digital, tecnologías digitales, innovación digital, servicios digitales, sociedad digital, ciudadanía e inclusión digital, confianza digital, salud digital, justicia digital, talento digital, comercio electrónico, y todas aquellas materias que tengan un impacto en el proceso de transformación digital del país, conforme al marco legal vigente (Presidencia del Consejo de Ministros, 2021).

El Sistema Nacional de Transformación Digital establece también un rol importante para las organizaciones de la sociedad civil, la ciudadanía, la academia y el sector privado:

- Participando en los mecanismos de articulación para la Transformación Digital.
- Participando en la formulación de los instrumentos estratégicos del Sistema Nacional de Transformación Digital, así como en las actividades del Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital del Estado Peruano y en la Red Nacional de Innovadores Digitales.
- Participando y colaborando en el desarrollo de iniciativas que promuevan la transformación digital del país y la construcción de una sociedad digital.
- Participando y colaborando en la identificación de regulación emitida por las entidades públicas que vayan en contra de los objetivos y principios de transformación digital, en los canales digitales que se establezcan para dicho fin.
- Remitiendo consultas, observaciones y recomendaciones a la regulación prepublicada o compartida por los canales oficiales.
- Habilitando datos abiertos en condiciones de privacidad, disociación o anonimización según corresponda, dentro de los límites razonables sin afectar el secreto empresarial, y teniendo en cuenta las normas vigentes que regula.

El Estudio de la OCDE sobre Gobernanza Pública “Perú - Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo” presentó un conjunto de recomendaciones en el ámbito de Gobierno Digital a fin de lograr la incorporación de nuestro país. Las recomendaciones de OCDE se centraron efectivamente en transformar nuestra visión alejándose de la tecnología puramente establecida para centrar todos nuestros esfuerzos en proveer servicios públicos digitalizados más accesibles a nuestros ciudadanos. Asimismo, se basaron en

el establecimiento de una sólida gobernanza e institucionalidad en materia digital que permitiera, no solo el cierre de las brechas identificadas, sino el desarrollo progresivo, ágil y ordenado del gobierno digital en el país.

Es así que podemos citar las recomendaciones de la siguiente manera:

- Establecer el gobierno digital en el corazón de la reforma del sector público.
- Asegurar el liderazgo para una gobernanza, gestión y planificación más sólidas.
- Lograr la digitalización usando un enfoque coherente e integrado a nivel de todo el país.
- Establecer el camino hacia un sector público gestionado por datos.

La Presidencia del Consejo de Ministros cumple la labor del más alto nivel en la articulación, gestión, promoción y despliegue de iniciativas nacionales y transversales que tienen impacto en todo el aparato público y en el país.

Por ello, desde su creación, la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital ha venido fortaleciendo el ecosistema y la institucionalidad digital del país, sentando las bases de la transformación digital a nivel nacional. Desde la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, la PCM) se ha entendido la obligación de llevar adelante un proceso de transformación digital descentralizado: un proceso donde los servicios públicos lleguen a toda la ciudadanía en todos los rincones del Perú.

En ese sentido, el Perú hoy tiene un sólido marco de gobernanza con tres normas con rango de ley que han venido consolidando un robusto ecosistema digital. Así como muestra el Gráfico No. 3, estas tres normas se han contemplado en el Decreto Supremo 164-2022-PCM que aprueba la Política General de Gobierno 2021-2026, cuyo eje 8 establece el compromiso de implementar un gobierno y transformación digital con equidad y el Decreto Supremo 164-2022-PCM que aprueba el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050 que establece 4 objetivos nacionales.



### Gráfico 3. Gobernanza Digital en el Perú

La Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital ejerce rectoría en materia de gobierno, confianza y transformación digital.

Decreto Legislativo N°1412 Ley de Gobierno Digital	Decreto de Urgencia N°006-2020 Sistema Nacional de Transformación Digital	Decreto de Urgencia N°007-2020 Marco de Confianza Digital en el país
Decreto Supremo N°164-2021-PCM Política General de Gobierno 2021-2026		
Decreto Supremo N°095-2022-PCM Plan Estratégico de Desarrollo Nacional		

Fuente: Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

Es así que el eje 8 de la Política General de Gobierno 2021-2026 (Presidencia de Consejo de Ministros, 2021) establece el compromiso de garantizar el acceso inclusivo, seguro y de calidad al entorno digital y el aprovechamiento de las tecnologías digitales en todas las regiones del país para consolidar la ciudadanía digital considerando sus condiciones de vulnerabilidad y diversidad cultural con las siguientes líneas de intervención:

1. Consolidar el ejercicio de la ciudadanía digital para todas las personas a través de su identidad digital incluyendo lenguas originarias a nivel nacional.
2. Impulsar la economía digital, el comercio electrónico, el emprendimiento digital, la innovación, los datos abiertos, la digitalización y resiliencia de las pymes y los procesos productivos del país.
3. Acelerar el gobierno y transformación digital del sector público impulsando el ecosistema de tecnología y fortaleciendo la gobernanza digital en el país.
4. Fortalecer la educación, el acceso al entorno digital, la inclusión y el talento digital en todas las personas promoviendo alianzas con el sector privado.
5. Consolidar las acciones de seguridad y confianza digital para la protección de la ciudadanía frente a los riesgos y amenazas en el entorno digital.
6. Impulsar el uso ético y el aprovechamiento de las tecnologías exponenciales y los datos en favor de la ciudadanía.

De la misma manera, como no había ocurrido antes, el Plan Estratégico de Desarrollo al 2050, incluye en dos de sus cuatro objetivos el gobierno y la transformación digital como activador clave de los logros del país:

1. Elevar los niveles de competitividad y productividad con empleo decente y en base al aprovechamiento sostenible de los recursos, el capital humano, el uso intensivo de la

ciencia y tecnología, y la transformación digital del país.

2. Garantizar una sociedad justa, democrática, pacífica y un Estado efectivo al servicio de las personas, en base al diálogo, la concertación nacional y el fortalecimiento de las instituciones.

Teniendo como gran paraguas el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional el camino al proceso nacional de transformación digital se encuentra solamente construido. Si, de aquí en adelante, las Políticas Generales de Gobierno (en adelante, las PGG) en los próximos años, mantiene el enfoque del eje 8 de las PGG 2021-2026, podemos seguir fortaleciendo la gobernanza digital en el Perú.

*“En América Latina, Perú, bajo el liderazgo de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, subió una categoría para ingresar a la liga de muy alto desempeño”<sup>14)</sup>*

Carlos Santiso, Jefe de la División de Gobierno Digital, Innovador y Abierto de la Dirección de Gobernanza Pública de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

### 3. Indicadores internacionales

En el marco de un esfuerzo mundial por poner la tecnología al servicio de las personas, el Perú ha venido fortaleciendo de manera decidida la gobernanza digital. Estas decisiones han impactado positivamente en el posicionamiento del país en los indicadores internacionales.

(4) Santiso, Carlos (2022), [https://www.linkedin.com/posts/carlos-santiso-4360045\\_govtech-good-digitaltransformation-activity-6989512044261580800-scDL?utm\\_source=share&utm\\_medium=member\\_desktop](https://www.linkedin.com/posts/carlos-santiso-4360045_govtech-good-digitaltransformation-activity-6989512044261580800-scDL?utm_source=share&utm_medium=member_desktop)

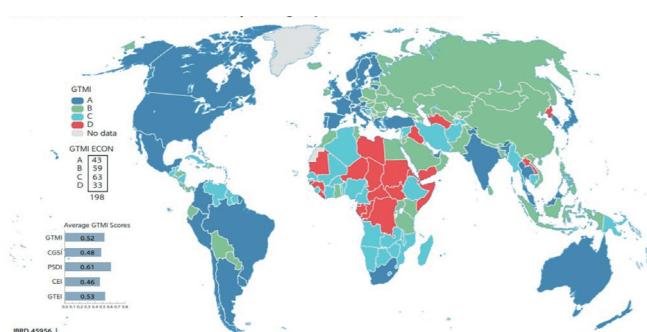


Es así que mediados de 2021, el Banco Mundial publicó el Índice de Madurez de GovTech (GTMI) que mide cuatro aspectos clave para diseñar programas avanzados en materia digital y evaluar el estado de madurez en los procesos de transformación digital de los países:

1. Fortalecer las plataformas digitales para la gestión gubernamental;
2. Mejorar la prestación de servicios mediante la digitalización y el aprovechamiento de datos;
3. Incorporar la participación ciudadana en todas las decisiones de política a través de plataformas digitales;
4. Fomentar los habilitadores de GovTech mediante procesos de innovación abierta en laboratorios de gobierno para el proceso de transformación digital.

Dados los avances en materia digital, desde la implementación de plataformas digitales nacionales hasta el fortalecimiento del Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital, el Perú logró ubicarse en el Grupo A de "Very High GovTech Leaders", donde se encuentran los países con mayor índice de madurez en esta materia tal como se muestra en la Figura 2.

**Figura 2. Índice de Gobierno y Tecnología GovTech del Banco Mundial**



Fuente: Banco Mundial

Efectivamente el Perú ha avanzado en el impulso de la innovación abierta, el uso de las tecnologías emergentes y el diseño de servicios digitales empáticos, predictivos e intuitivos con una activa participación de la ciudadanía. Se ha lanzado la Red Nacional de Innovadores Digitales, el Índice Nacional de Innovación Digital y se han prepublicado las estrategias nacionales de inteligencia artificial, seguridad y confianza digital, gobierno de datos y talento digital a fin de impulsar la digitalización de los procedimientos administrativos y de los servicios más demandados por las personas en los espacios de codiseño del Laboratorio de Gobierno y Transformación Digital junto a la academia, la sociedad civil, el sector privado y el sector público mediante el uso intensivo de las tecnologías digitales y los datos. La transformación digital viene acelerando la eficiencia del Estado, impulsando la reactivación económica

de las familias y fortaleciendo la confianza entre el Estado, la ciudadanía y las empresas.

Por otro lado, el país ha crecido en indicadores especializados como el Índice Global de Ciberseguridad (GCI) de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU, 2021) nueve posiciones con los avances en el Centro Nacional de Seguridad Digital y el despliegue de acciones permanentes para prevenir la cibercriminalidad a nivel nacional. Este índice mide las acciones tomadas por los países en términos de ciberseguridad para abordar los desafíos de los riesgos cibernéticos. Tiene como objetivo crear conciencia sobre los compromisos a nivel nacional sobre ciberseguridad, para identificar fortalezas y áreas de mejora. La evaluación la realiza sobre un universo de 182 economías, de las cuales 25 pertenecen a la región de las américa. El Perú se encuentra en el puesto 86 de 182 economías evaluadas, respecto a la edición anterior (2018) se logra escalar 9 posiciones. Asimismo, el Índice de preparación IA del Gobierno de Oxford Insights (2021) reporta un crecimiento del país en 6 posiciones con la prepublicación de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial tal como se muestra en el Gráfico 4.

Si bien los avances nacionales son fundamentales, a partir de 2020 los organismos impulsores de la medición de indicadores internacionales iniciaron la incorporación de mediciones a niveles regionales y locales con el objetivo de reflejar los reales avances al interior de los países que participan de estas mediciones. Es así que en la edición 2022 del Índice de GovTech del Banco Mundial ya están participando gobiernos regionales y locales de todo el país.

Desde la perspectiva de la equidad, lograr mediciones a nivel de ciudades al interior de los países garantizará una real evaluación sobre el aprovechamiento y uso de las tecnologías digitales por la ciudadanía en todas las realidades y complejidades territoriales. Con una sólida gobernanza digital es posible avanzar hacia una ciudadanía digital plena que permita el ejercicio de deberes y derechos en una nueva sociedad digital.



#### Gráfico 4. Crecimiento del Perú en los Indicadores Internacionales

	<b>Naciones Unidas</b>	"Very High Performance" +12 Posiciones Ranking: 59 / 193	Índice de Desarrollo del E-Gobierno (EGDI) de las Naciones Unidas (ONU, 2022)
	WORLD BANK	Grupo A "Very High GovTech Leaders" Ranking: 43 / 198	Índice de <b>Madurez GovTech (GTM)</b> del Banco Mundial (WB, 2021) *Primera edición
	ITU	↑ +9 Posiciones Ranking: 86 / 182	Índice Global de <b>Ciberseguridad (GCI)</b> de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU, 2021)
	OXFORD INSIGHTS	↑ +6 Posiciones Ranking: 91 / 160	Índice de preparación <b>IA del Gobierno</b> de Oxford Insights (Oxford Insights, 2021)
	OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	↑ +6 Posiciones Ranking: 70 / 132	Índice Mundial de <b>Innovación (GII)</b> de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, 2021)

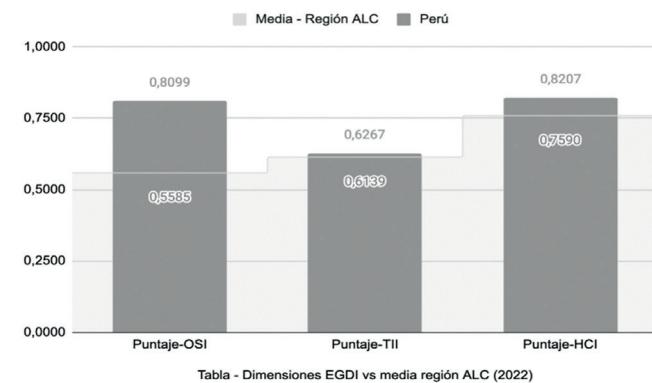
Fuente: Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

En ese sentido, uno de los indicadores más importantes para la medición de los avances en materia de gobierno y transformación digital es, sin duda, el Ranking de Digitalización de Naciones Unidas (2022).

La evaluación general de este Índice se determina a partir de tres dimensiones en escala del 0 al 1 y los resultados del Perú para el 2022 han sido bastante positivos como puede apreciarse en el Gráfico 5:

1. **OSI - Servicios en Línea:** Perú ingresa al Top 5 de la Latinoamérica y el Caribe con una calificación de 0,8099 por encima de la media regional (0.5585) y por encima del puntaje obtenido en 2020 (0.7529).
2. **TII - Infraestructura de las telecomunicaciones:** Perú obtiene un puntaje de 0,6267 por encima de la media regional de las Américas (0.6139) y superando el puntaje del 2020 (0.5780).
3. **HCI - Capital humano:** Perú obtiene una calificación de 0,8207 por encima de la media de las Américas (0.7590).

#### Gráfico 5. Comparación de resultados de Perú versus Latinoamérica y el Caribe

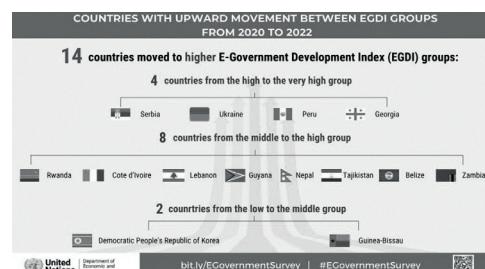


Fuente: Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

En este indicador que ya incluye una medición regional especial, Perú se ubica en el puesto 59 de 193 economías evaluadas logrando escalar 12 posiciones a nivel mundial y 3 posiciones en Latinoamérica y el Caribe donde logra ubicarse en el puesto 6 de 33 países.

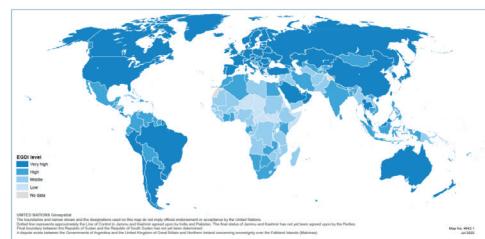
Asimismo, es la primera vez que el Perú logra ingresar al grupo de los países de "muy alto desempeño" superando a México y a Colombia. Una mejora impulsada por el desarrollo de servicios digitales, según el reporte como se aprecia en la Figura 3 y el Gráfico 6.

#### Figura 3. Países que se han movido al grupo de alto desempeño



Fuente: Santiso Carlos, (2020)

#### Gráfico 6. Resultados del Índice de Digitalización de Naciones Unidas



Fuente: Naciones Unidas

Desde la perspectiva de equidad el indicador mide la participación de la ciudadanía en entornos digitales. Respecto a estos resultados el Estudio incluye el Índice de E-Participación derivado del Subíndice de Servicios en Línea (OSI).

En E-Participación, Perú se ubica en el puesto 22 de 193 economías evaluadas logrando escalar 32 posiciones y ubicándose como el segundo mayor crecimiento a nivel mundial. Respecto a Latinoamérica y el

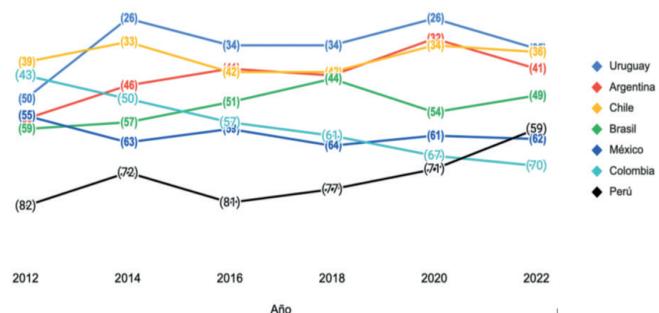


Caribe, Perú escala 7 posiciones y se ubica en el puesto 2 de 33 economías.

Asimismo, resulta fundamental mencionar que una de las principales mediciones incorporadas en este Índice corresponde a lo referente a datos abiertos.

Esta medición se relaciona con la capacidad que tienen los países, y en particular los gobiernos, de abrir los datos en favor de la transparencia y el acceso a la información pública.

#### Gráfico 7. Crecimiento sostenido de Perú en Indicador de Digitalización de la ONU



Fuente: Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

Es así que respecto al Índice de Datos Abiertos del Gobierno, derivado del Subíndice de Servicios en Línea, Perú lidera el ranking y se ubica en el puesto 1 de 193 economías evaluadas logrando escalar 41 posiciones. Cabe destacar que son 11 los países se encuentran en el puesto #1 del mundo: 7 europeos (Estonia, Países Bajos, España, Suecia, Portugal y Suiza), 2 asiáticos (Singapur y Arabia Saudita), 2 oceánicos (Australia y Nueva Zelanda), y 1 americano (Perú). En ese sentido, el Perú no sólo se ubica como el mejor de ALC sino del continente, por encima de Estados Unidos y Canadá.

En este contexto, Perú ha mantenido un crecimiento sostenido en el Indicador de Digitalización respecto a América Latina y El Caribe como puede verse en el Gráfico 7.

Asimismo, pueden analizar los resultados mundiales del indicador en el Cuadro 3:

Estos resultados de manera integral reflejan que los pasos que se han venido dando en el fortalecimiento de la gobernanza digital en el Perú y en el despliegue de

#### Cuadro 3. Posición del Perú a nivel mundial en el E-Government Survey 2022

País	ÍNDICE GOBIERNO ELECTRÓNICO				SERVICIOS EN LÍNEA				INFRAESTRUCTURA TELCO				CAPITAL HUMANO				ÍNDICE E-PARTICIPACIÓN				ÍNDICE DATOS ABIERTOS				
	Ptos	ALC	Δ	Mundo	Δ	Ptos	ALC	Δ	M	Δ	Ptos	ALC	Δ	M	Δ	Ptos	ALC	Δ	Mundo	Δ	Ptos	ALC	Δ	Mundo	Δ
Uruguay	0,8388	1	0	35	▼9	0,7641	7	▼3	52	▼21	0,8543	1	0	29	▼4	0,8980	2	▲3	33	▲8	0,5909	8	▼5	61	▼32
Chile	0,8377	2	▲1	36	▼2	0,8280	2	0	30	▼6	0,7999	3	▼1	49	▲2	0,8853	4	▼2	37	▼1	0,6932	6	▼3	43	▼14
Argentina	0,8198	3	▼1	41	▼9	0,8089	5	▼2	38	▼8	0,7332	8	▼3	69	0,9173	1	0	20	▼2	0,6477	7	▼4	51	▼22	
Brasil	0,7910	4	0	49	▲5	0,8964	1	0	14	▲6	0,6814	11	▼1	78	▼5	0,7953	12	▼1	72	▼2	0,8977	1	0	11	▲7
Costa Rica	0,7659	5	0	56	0	0,6812	9	▲2	71	▲1	0,7572	6	▼2	63	▼9	0,8593	7	▼1	52	▼4	0,5568	9	▲3	66	▲11
Perú	0,7524	6	▲3	59	▲12	0,8099	4	▲5	37	▲15	0,8267	16	▼1	94	▲1	0,8207	9	0	63	▲2	0,7614	2	▲7	23	▲32
Méjico	0,7473	7	▼1	62	▼8	0,8245	3	▲2	31	▲7	0,8300	15	▼1	92	0	0,7874	13	0	77	▼3	0,7273	3	▲3	32	▼24
Bahamas	0,7277	8	▲2	66	▲7	0,6214	11	▲1	80	▼4	0,7976	4	▲5	51	▲17	0,7641	16	▼1	88	▼6	0,3977	15	▼2	95	▼10
Granada	0,7277	8	▲12	66	▲36	0,5507	14	▲4	94	▲54	0,7348	7	▲10	67	▲37	0,8977	3	0	34	▲5	0,2045	26	▲2	157	▼9
Colombia	0,7261	10	▼2	70	▼3	0,7418	8	▼1	59	▼10	0,6498	14	▼1	88	▼3	0,7867	14	0	78	▼3	0,7159	4	▼2	37	▼10
Barbados	0,7117	11	▼4	79	▼17	0,5388	16	0	97	0	0,7318	9	▼6	70	▼17	0,8645	6	▼2	49	▼9	0,3977	16	▼1	95	▼5
Panamá	0,6956	12	▲2	82	▼12	0,6741	10	▲3	72	▲14	0,6603	13	▼2	86	▼12	0,7525	18	0	95	▼2	0,5114	10	▲7	76	▲17
Ecuador	0,6889	13	▼2	84	▼10	0,7651	6	0	50	▼10	0,5269	25	▼2	115	0	0,7748	15	▼3	82	▼11	0,7045	5	▲2	41	▲8
San Cristóbal y Nieves	0,6775	14	▲2	87	▲8	0,3307	28	▼3	155	▼18	0,8293	2	▲4	38	▲22	0,8724	5	▲3	42	▲20	0,2045	27	▲1	157	▼9
Rep. Dominicana	0,6429	15	▼2	92	▼10	0,6183	12	▼4	81	▼32	0,5567	23	▼3	111	0	0,7539	17	▲2	93	▲1	0,4545	12	▼4	86	▼35
Trinidad y Tobago	0,6339	16	▼4	93	▼12	0,4892	19	▼5	109	▼19	0,6717	12	▼4	81	▼14	0,7409	21	▼4	103	▼13	0,2386	23	▼10	143	▼58
Paraguay	0,6332	17	▼2	94	▼1	0,6059	13	▼3	86	▼21	0,5989	17	▲1	98	▲8	0,6947	24	▲1	110	▼1	0,5114	11	▼1	76	▼19
Bolivia	0,6165	18	▼1	98	▼1	0,5193	17	▼2	102	▼8	0,5818	19	▲2	103	0,7483	19	▲1	97	▲1	0,3182	20	▼5	115	▼25	
Antigua y Barbuda	0,6113	19	▼1	99	▼1	0,4231	25	▼2	128	▲1	0,5981	18	▼6	99	▼16	0,8128	11	▲5	66	▲18	0,4205	13	▲7	91	▲23
Jamaica	0,5906	20	▲4	102	▲12	0,4914	18	▲8	107	▲31	0,5658	21	▲1	106	▲8	0,7148	22	▲1	106	0	0,2841	21	▲4	123	▲14
San Vicente y las G.	0,5811	21	▲1	107	▲2	0,4526	22	▼2	119	▲2	0,5486	24	▲1	113	▲5	0,7420	20	▲1	102	▲2	0,3864	17	▲5	98	▲20
Surinam	0,5809	22	▲5	108	▲14	0,3418	27	▲3	151	▲12	0,7089	10	▲6	73	▲28	0,6921	25	▼1	113	▼6	0,2045	28	▲3	157	▲13
Dominica	0,5789	23	▼4	109	▼1	0,2954	30	▼7	166	▼37	0,7604	5	▲2	61	▲5	0,6810	26	▲1	118	▲6	0,0909	33	▼7	183	▼41
Santa Lucía	0,5580	24	▼1	114	▼2	0,4007	26	▲1	132	▲7	0,5683	20	▼1	105	▲4	0,7049	23	▼1	107	▼2	0,4091	14	▲10	93	▲41
El Salvador	0,5519	25	▼4	117	▼10	0,4670	21	▼5	116	▼19	0,5618	22	▲2	108	▲8	0,6268	29	0	134	▼3	0,3523	18	▼7	107	▼32
Guyana	0,5233	26	▲3	123	▲6	0,4509	23	▼2	120	▲4	0,4643	26	▲4	127	▲12	0,6548	28	0	126	▲1	0,2159	24	▼1	153	▼31
Guatemala	0,5111	27	▼1	126	▼5	0,5409	15	▲4	96	▲15	0,4328	27	▼1	131	▼12	0,5596	32	0	151	▼2	0,3295	19	0	114	▼2
Venezuela	0,5053	28	▼3	128	▼10	0,3056	29	0	161	▼6	0,3923	29	▼2	136	▼16	0,8181	10	0	64	▲5	0,1250	30	▲2	178	▼6
Nicaragua	0,5032	29	▼1	130	▼7	0,4809	20	▼2	112	▼11	0,4287	28	▲1	133	▲1	0,6000	30	0	137	▼2	0,2500	22	▼4	135	▼32
Belice	0,5005	30	0	133	▲3	0,4425	24	▲7	121	▲47	0,3882	30	▼2	139	▼10	0,6707	27	▼1	122	▼11	0,2045	25	▲5	157	▲6
Cuba	0,4945	31	▲1	136	▲4	0,2789	31	▲1	170	0	0,3663	31	▲1	144	▲17	0,8384	8	▼1	56	▲2	0,1364	29	▼3	175	▼33
Honduras	0,3940	32	▼1	155	▼17	0,2417	32	▼11	176	▼52	0,3501	32	▼1	150	▼1	0,5901	31	0	141	▲5	0,1023	32	▼12	180	▼66
Haití	0,2481	33	0	187	▼7	0,0865	33	0	189	▼9	0,2646	33	0	164	▼1	0,3930	33	0	175	▼1	0,1023	31	▲2	180	▼6

Fuente: E-Government Survey 2022



plataformas y servicios digitales orientados a satisfacer las principales necesidades de la ciudadanía han sido correctos.

De la misma forma, estos resultados representan un reconocimiento al esfuerzo del sector público, privado, sociedad civil, academia, cooperación internacional y ciudadanos y ciudadanas a nivel nacional y retan a los actores políticos, académicos, empresariado y ciudadanía a fortalecer su compromiso con el desarrollo digital del país.

*“Ciudadanía digital es el ejercicio de deberes y derechos en entornos digitales seguros”*

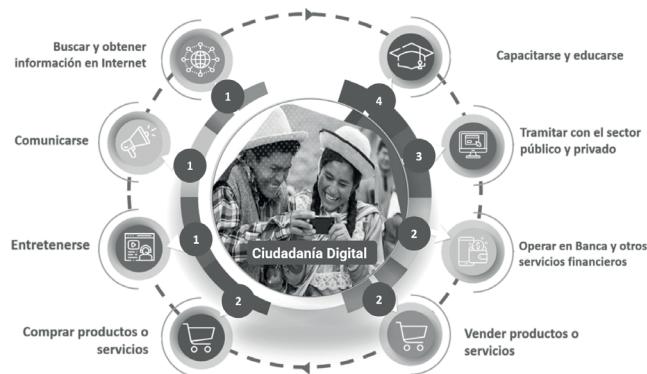
Decreto Legislativo 1412 - Ley de Gobierno Digital

## 4. Política Nacional de Transformación Digital

Hoy las tecnologías digitales están presentes en cada momento de la vida de las personas. La forma en la que hacemos las cosas ha sido profundamente transformada y los beneficios del mundo digital se han convertido en un derecho para las personas. Esto significa que es deber del Estado impulsar la ciudadanía digital con equidad en todo el país.

Es así que la Política Nacional de Transformación Digital aborda el bajo ejercicio de la ciudadanía digital en el Perú como el problema público a resolver. A partir de ello, se ha hecho un análisis de las dimensiones, oportunidades, libertades o capacidades que una persona puede desarrollar en el entorno digital. Esas oportunidades están determinadas por la Encuesta Nacional de Hogares a cargo del INEI que ha servido de base para evaluar el impacto de la implementación de la política al 2030.

**Figura 4: Ciudadanía digital en el Perú**



Fuente: Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

De la misma manera el Decreto Supremo 157-2021-PCM define la ciudadanía digital como la capacidad de las personas

para desarrollarse a nivel integral en el entorno digital, lo que involucra desarrollar competencias digitales, realizar trámites con entidades públicas y organizaciones del sector privado, realizar operaciones financieras, vender o comprar productos o servicios a través del comercio electrónico, realizar actividades de entretenimiento, comunicarse mediante diversas plataformas o aplicaciones, buscar y obtener información en Internet (Presidencia del Consejo de Ministros, 2021) como puede apreciarse en la Figura 4.

Durante 2020, un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo reveló que la crisis sanitaria aceleró el ejercicio de la ciudadanía digital en todos los países de Latinoamérica y el Caribe. En dicho estudio, los resultados para el Perú fueron alentadores. Del 100% de las personas entrevistadas, el 28 % declaró haber realizado un trámite en línea antes de la crisis sanitaria; y el 61 % declaró haber realizado un trámite en línea durante la pandemia. Ello refleja que los peruanos y peruanas a nivel nacional han utilizado los servicios digitales del Estado y han manifestado que seguirán usándolos una vez superada la crisis tal como se evidencia en el Gráfico 8.

**Gráfico 8. Porcentaje de personas que hicieron un trámite en línea parcial o total**



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo

El avance de la ciudadanía digital en el Perú se ha venido manifestando en hechos concretos. Según un reciente estudio de Datum (2021), una de cada seis compras al mes que realizan peruanos ya es por Internet. El estudio destaca que el



medio más usado son las páginas web, redes sociales, y aplicaciones móviles.

Asimismo, de acuerdo con un informe de Mercado Pago (2021), el Perú viene liderando el crecimiento de pagos digitales en América Latina posicionándose como uno de los países de la región con mayor crecimiento en el volumen procesado por medio de pagos digitales (663%) en el 2020; mientras que Colombia creció 441% y Chile 234%.

El crecimiento se evidenció en el uso de pago en celulares y códigos QR. El informe reveló también que la pandemia aceleró los planes de transformación digital de la mayoría de las empresas peruanas.

En esa misma línea, de acuerdo a datos de la Asociación de Bancos del Perú (en adelante, la Asbanc) cerca de 60,000 puestos comerciales a nivel nacional están afiliados a una billetera digital, de los cuales el 85% utiliza activamente la billetera digital.

Actualmente, la Presidencia del Consejo de Ministros y Asbanc vienen impulsando el Programa Paga Seguro junto a Municipalidades provinciales y distritales a nivel nacional para impulsar el uso de las billeteras digitales en los principales mercados de abasto.

Por otro lado, la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital, ha venido impulsando el reconocimiento transfronterizo de la identidad digital para impulsar comercio electrónico buscando la asistencia de la Unión Europea dado su nivel de avance en la materia como el Mercado Único Digital y la Estrategia Europa 2020 y su adecuación a la realidad latinoamericana (Presidencia del Consejo de Ministros, 2021).

#### Gráfico 10. Objetivos Prioritarios de la Política Nacional de Transformación Digital



Fuente: Secretaría de Gobierno y Transformación Digital

En relación a ello, según el informe Observatorio E-commerce 2021-2022 de la Cámara Peruana de Comercio

Electrónico (Capece), el crecimiento del comercio electrónico en el Perú fue del 55% con 9,300 millones de dólares durante el 2021. El informe refiere que el uso de billeteras digitales impulsó dicho avance (2022).

Es importante mencionar que de acuerdo a Capece, este sector está en pleno crecimiento y se evidencia porque el 56% de las tiendas online en el Perú tienen apenas un año de creación.

De igual manera, según un informe de Apoyo, el uso de los canales digitales ha sido superado por los canales presenciales en los ciudadanos bancarizados. Asimismo, ha crecido significativamente el uso de aplicaciones de intermediación digital que conectan las demanda con las ofertas para traslado de personas, compras por delivery y posibilidades de alojamiento. Sin duda alguna, la ciudadanía digital se ha fortalecido y ha impulsado el crecimiento de la economía digital la cual se vincula directamente con la reactivación económica del país.

En este contexto, la Política Nacional de Transformación Digital plantea seis objetivos prioritarios que abordan los aspectos más importantes y necesarios para el impulso de un proceso nacional de transformación digital contemplando las situaciones especiales de las regiones y de los gobiernos locales; así como las poblaciones que necesitan un especial estado de protección y la necesidad de incorporar a la ciudadanía en el impulso de los servicios digitales públicos y privados con un compromiso de equidad.

Garantizar el acceso inclusivo, seguro y de calidad al entorno digital resulta el pilar fundamental para avanzar en el proceso nacional de transformación digital. Este proceso debe garantizar la confluencia de esfuerzos públicos y privados para lograr este acceso a todo el territorio nacional.

En esa misma línea, los avances en economía digital deben reflejarse en los procesos productivos sostenibles del país garantizando el impulso al emprendimiento digital, al uso de tecnologías digitales en procesos más importantes que generan riqueza.



Asimismo, avanzar en un Estado eficiente y efectivo al servicio a las personas necesita un sólido compromiso en el despliegue del gobierno digital, principalmente en los servicios de mayor necesidad de la ciudadanía: salud, educación, seguridad ciudadana y justicia. Al respecto, la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital publica permanentemente los avances en materia de gobierno digital a nivel nacional.

No es posible avanzar en el despliegue de servicios y plataformas digitales al interior del país si no garantizamos que todas las personas puedan acceder de manera sencilla y simple y brindar las oportunidades para fortalecer el talento digital. En el Perú, se ha implementado una Plataforma Nacional de Talento Digital que permite a las personas de todo el país acceder a cursos de manera gratuita desde todos los niveles de conocimiento.

Durante 2021, según fuentes especializadas, el Perú enfrentó cerca de 11 billones de intentos de ciberataques (Fortinet, 2021). Por ello, todo avance digital requiere que la ciudadanía confie en las interacciones que se realizan en el entorno digital. Por ello, la Política Nacional de Transformación Digital contempla un objetivo prioritario centrado exclusivamente en la seguridad y la confianza digital.

Finalmente, la innovación y las tecnologías de la Cuarta Revolución Industrial se encuentran presentes en muchas de las actividades diarias. Aprovechar su uso y garantizar que toda la ciudadanía se encuentra incluida en este tipo de tecnologías como, por ejemplo, la Inteligencia artificial, el Internet de las Cosas, la Fabricación Digital y las Ciudades Inteligentes es fundamental para garantizar la equidad en el avance de la digitalización en el país.

## 5. Conclusiones

En conclusión, todos estos compromisos requieren un fuerte impulso político desde los gobiernos regionales y locales, todos los poderes del Estado, las empresas del Estado, la sociedad civil, la academia y el sector privado, un esfuerzo conjunto hacia una sociedad digital que permitirá que el Perú en los próximos años, fortalezca su camino al desarrollo digital basado en un contexto mundial que impulsa las tecnologías digitales en favor de las personas, una sólida gobernanza digital en el país, un crecimiento sostenido en los indicadores internacionales y, principalmente, sobre los resultados concretos que se han obtenido en favor de la ciudadanía.

En este contexto, la Política Nacional de Transformación Digital al 2030 cubrirá los aspectos clave para garantizar un proceso nacional de transformación digital con equidad.

## Referencias Bibliográficas

- Acuerdo Nacional. (2017). Políticas de Estado del Acuerdo Nacional. <https://www.acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/>
- Agencia Andina. (17 de febrero de 2021). Perú sufrió más de 11.5 mil millones de intentos de ciberataques en 2021. Agencia Andina. <https://andina.pe/agencia/noticia-peru-sufrio-mas-115-mil-millones-intentos-ciberataques-2021-881221.aspx>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Industria 4.0 Fabricando el Futuro*. <https://publications.iadb.org/es/industria-40-fabricando-el-futuro>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). *Informe Anual del Índice de Desarrollo de Banda Ancha*, <https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/document/Informe-anual-del-Indice-de-Desarrollo-de-la-Banda-Ancha-IDBA-2020-Brecha-digital-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 23 de junio de 2001.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020a). *Agenda Digital Para América Latina y El Caribe 2022*. Organización de las Naciones Unidas <https://www.cepal.org/es/agenda-digital-america-latina-caribe-elac2022/agenda-digital-2022>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020b). *Revolución tecnológica e inclusión social: Reflexiones sobre desafíos y oportunidades para la política social en América Latina*. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45901-revolucion-tecnologica-inclusion-social-reflexiones-desafios-oportunidades-la>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020c). *Agenda digital para América Latina y el Caribe*. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.cepal.org/es/proyectos/agenda-digital-america-latina-caribe-elac2022>
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. (2022). *Plan Estratégico de Desarrollo Nacional al 2050*. <https://www.gob.pe/institucion/ceplan/campa%C3%B1as/11228-peru-plan-estrategico-de-desarrollo-nacional-al-2050>
- Chocobar, M. (2018). *Modelo de Gobernanza para la Transformación Digital del Estado hacia un Estado digital más cercano a los ciudadanos* [Tesis de Suficiencia Profesional, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional PIRHUA. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3679>



Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (2022). *UN E-Government Surveys* (Documento de E-Government Knowledgebase). Organización de las Naciones Unidas. <https://publicadministration.un.org/en/Research/UN-e-Government-Surveys>

Derechos Digitales América Latina. (2022). *Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia en América Latina: Un breve análisis sobre adhesión e implementación en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México.* <https://www.derechosdigitales.org/18451/convenio-de-budapest-sobre-la-ciberdelincuencia-en-america-latina/>

El Comercio Economía. (20 de junio de 2021). Gobierno avanza en reconocimiento transfronterizo de identidad digital para impulsar e-commerce. *El Comercio.* <https://elcomercio.pe/economia/peru/gobierno-avanza-en-reconocimiento-transfronterizo-de-identidad-digital-para-impulsar-e-commerce-nndc-noticia/>

Foro Económico Mundial. (2016, 18 de abril). La Cuarta Revolución Industrial. Lo esencial [Video]. Youtube. <https://youtu.be/EeR2yTMW7Xg>

Foro Económico Mundial. (2022). *Global Risks Report 2022.*

Michelot, A. (01 de febrero de 2021). *Una de cada seis compras al mes que realizan peruanos ya es por Internet.* Diario Gestión. <https://gestion.pe/tendencias/una-de-cada-seis-compras-al-mes-que-realizan-peruanos-ya-es-por-internet-noticia/>

Presidencia del Consejo de Ministros. (2018). *Decreto Legislativo 1412. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gobierno Digital.*

Presidencia del Consejo de Ministros. (2020a). *Decreto de Urgencia 006-2020. Decreto de Urgencia que crea el Sistema Nacional de Transformación Digital.*

Presidencia del Consejo de Ministros. (2020b). *Decreto de Urgencia 007-2020. Decreto de urgencia que aprueba el marco de confianza digital.*

Presidencia del Consejo de Ministros. (2021a). *Decreto Supremo 029-2021-PCM. Reglamento de la Ley de Gobierno Digital.*

Presidencia del Consejo de Ministros. (2021b).

Decreto Supremo 157-2021-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto de Urgencia 006-2020, Decreto de Urgencia que crea el Sistema Nacional de Transformación Digital.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2021c). *Decreto Supremo que aprueba la Política General de Gobierno para el periodo 2021 - 2026.*

UIT. (2018). *Agenda Conectar 2030.* Unión Internacional de Telecomunicaciones. <https://www.itu.int/en/council/Documents/basic-texts/RES-200-S.pdf>

Unión Internacional de Telecomunicaciones. (Mayo 2020). Conectar 2030 - Una Agenda para la conexión de todos a un mundo mejor. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.itu.int/es/mediacentre/backgrounder/Pages/connect-2030-agenda.aspx#:~:text=La%20Agenda%20Conectar%20para,%20Naciones%20Unidas%20para%202030>

Unión Internacional de Telecomunicaciones. (29 de junio de 2021). *Índice de Ciberseguridad Global 2020.* <https://www.itu.int/en/myitu/Publications/2021/06/28/13/22/Global-Cybersecurity-Index-2020>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública: Perú: Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo.* <https://doi.org/10.1787/9789264265226-es>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). *Perspectivas económicas de América Latina 2020: Transformación digital para una mejor reconstrucción.* <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/b499116c-es/index.html?itemId=/content/component/b499116c-es>

Organización de las Naciones Unidas. (2016). *Resolución A/HRC/32/L.20. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.* Organización de las Naciones Unidas.

Oxford Insights. (2021). *Government AI Readiness Index 2021.* Oxford Insights <https://www.oxfordinsights.com/government-ai-readiness-index2021>

Roseth, B., Farias, P., Porrúa, M., Peña, N., Reyes, A., Acevedo, S., Villalba, H., Estevez, E., & Lejarraga, S. (2018). *El fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital.* Inter-American Development Bank. <https://doi.org/10.18235/0001150>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática. (2013). *Política Nacional de Gobierno Electrónico 2013 – 2017.* [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_peru\\_4033.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_peru_4033.pdf)



# El Sistema de Integridad pública en el Perú: una propuesta para fortalecer la gobernanza con integridad<sup>(\*)</sup>

*The System of Public Integrity in Peru: a proposal to strengthen governance with integrity*

**Eloy Munive Pariona<sup>(\*\*)</sup>**

Basel Institute on Governance (Lima, Perú)

**Resumen:** En el presente artículo, el autor desarrolla el concepto de Integridad como aspecto fundamental en la lucha contra la corrupción. A partir de ello, desarrolla la propuesta de la construcción de un Sistema Nacional de Integridad con el objetivo de lograr una intervención más activa por parte del Estado en el fortalecimiento de su capacidad de prevención frente a la corrupción. En ese sentido, se define la estructura, los elementos y las perspectivas necesarias para la construcción de dicho sistema, todo en base a un Modelo de Integridad Pública propuesto por el propio autor.

**Palabras clave:** Integridad pública - Modelo de Integridad - Ética - Corrupción - Perú

**Abstract:** In this article, the author develops the concept of Integrity as a fundamental aspect in the fight against corruption. Based on this, he develops the proposal for the construction of a National Integrity System with the objective of achieving a more active intervention by the State in strengthening its capacity to prevent corruption. In this sense, it defines the structure, elements and perspectives necessary for the construction of such a system, all based on a Public Integrity Model proposed by the author himself.

**Keywords:** Public Integrity - Integrity Model - Ethics - Corruption - Peru

---

(\*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 24 de octubre de 2022 y su publicación fue aprobada el 1 de diciembre de 2022.

(\*\*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) (Lima, Perú). Máster en Gestión de Políticas Públicas por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Máster en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca. Ex secretario de la Secretaría de Integridad Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros. Especialista superior en prevención de la corrupción en Basel Institute on Governance. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5756-9730>. Correo electrónico: alberto.munive@gmail.com.



## 1. Introducción

La corrupción no solo desvía fondos públicos que podrían haber sido usados en diferentes programas del Estado, sino que también socava la confianza de la población en la capacidad estatal, en consecuencia, debilitando la democracia y el Estado de Derecho. Es importante resaltar que la corrupción no solo supone la afectación de la función pública, sino también resulta una grave amenaza a las condiciones necesarias para que todo ciudadano pueda desarrollar una vida digna, con pleno ejercicio de sus derechos y deberes. Por ello, la lucha contra la corrupción es también una lucha por la dignidad de las personas, fin supremo que más de 151 Estados buscan proteger y resguardar en sus constituciones a nivel mundial.

La corrupción también afecta directamente a los derechos humanos; ya que, como señala un estudio entre la relación de corrupción y derechos humanos, cuando las autoridades venden a las empresas una decisión estatal a cambio de contraprestaciones dinerarias o de otro tipo, siempre quedan dañados derechos como a la participación política efectiva, a la igualdad, y al autogobierno colectivo (Agüero-San Juan & Malem, 2020).

De acuerdo con la Comisión de Alto Nivel de Anticorrupción (CAN), la corrupción es definida como el mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja; directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales (Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, 2017).

La Defensoría del Pueblo en el informe Análisis y perspectivas del nuevo marco regulatorio de las comisiones regionales anticorrupción (Defensoría del Pueblo, 2022) advirtió que, a nivel nacional, existen 27,275 casos de corrupción que se encuentran en trámite entre el periodo 2017-2020. Por ello es que se ha propuesto a la integridad como principal pilar del Estado. Pero ¿por qué la integridad? Según Maesschalck (2009), un marco de gestión de integridad bien desarrollado aumenta las posibilidades de que los servidores públicos tomen decisiones sobre la base de las ventajas y desventajas de la política alternativa, y podría ayudar a aumentar la confianza pública en el gobierno. Naturalmente, la confianza no aumentará de manera automática; sin embargo, es muy poco probable que aumente la confianza del público si los ciudadanos se enfrentan regularmente a violaciones de la integridad por parte de los servidores públicos.

Existe la necesidad de cambiar la manera de cómo se combate la corrupción, los esfuerzos no solo deben priorizar reducir los efectos, sino también a sus causas. Es decir, debe contar con un enfoque preventivo que preserve la integridad como fundamento indispensable para llevar a cabo las funciones que permiten cumplir el mandato de cada institución

y al mismo tiempo debe encontrar sustento en criterios técnicos, objetivos y demostrados en el orden internacional (Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados, 2014).

## 2. Importancia de la Integridad Pública

De acuerdo con Andersson y Anechiarico (2019), se considera como corrupción no solo aquellos actos en beneficio propio, sino que también lo son aquellas acciones que afectan los valores de la buena administración. Para combatir la corrupción efectivamente, es necesario promover que los servidores públicos se comprometan proactivamente a actuar con integridad (Plisoff & Lagos, 2021). Siendo así, la integridad pública está estrechamente relacionada con un ámbito donde la corrupción, el fraude, el abuso, la ilegalidad y otras irregularidades están ausentes.

La OCDE define la integridad pública como el “posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados” (OCDE, 2017). Esta definición nos introduce a la necesidad de incidir en el comportamiento de los servidores públicos para asegurar la generación de valor público y con ello cumplir con la finalidad de la función pública.

Un informe de la Cámara de Diputados de México indica que los servidores públicos actúan con integridad cuando observan los valores y principios de la buena administración, como la honestidad, probidad, neutralidad, consideración, fiabilidad, orientación al cliente o destinatario de servicios, respeto y objetividad (Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados, 2014). De esta manera, la integridad pública debe ser entendida como un objetivo sistemático por alcanzar en las entidades que componen la Administración pública.

En el estudio exploratorio realizado en Holanda, “The Institutionalization of Integrity in Local Governments”, la integridad es considerada como una *conditio sine qua non* para las organizaciones gubernamentales.



En otras palabras, debe cumplirse o es indispensable para el funcionamiento adecuado de la entidad. De la misma forma, institucionalizar la integridad implica un proceso de transferencia de ambiciones de integridad a resultados deseados por medio de estructuras de apoyo, agencias y funcionarios especializados y procesos de formalización dentro de un contexto dado (Hoekstra & Kaptein, 2013).

Cabe destacar que la integridad no solo implica la obediencia de la ley, sino que marca el inicio del desarrollo gubernamental enfocado en la creación de valor público. El valor público es visto como un activo intangible fundamental de cualquier sociedad y el principal producto esperado de las instituciones, cual constituye el cimiento para acrecentar las condiciones de equidad, justicia, bienestar social y satisfacción poblacional.

De igual importancia, el Perú como todo gobierno moderno necesita rendir cuentas. Sin la rendición de cuentas, ningún sistema puede funcionar de tal manera que promueva el interés público (Transparency International, 2000). Este primer esfuerzo se formalizó con la plataforma de Transparencia Estándar y rendición de cuentas obligatorio en todos los niveles de Gobierno e instituciones. No obstante, dichos mecanismos de rendición de cuentas se tienen que diseñar como parte de un esfuerzo nacional por reducirla corrupción, es decir como parte de un sistema de integridad.

### 3. Marco normativo sobre Integridad Pública

Norma	Objetivo
Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción Decreto Supremo 092-2017-PCM	Proporciona un marco de acción para la promoción de la integridad y la lucha contra la corrupción. Además, es un instrumento de gestión en esta materia que establece los objetivos, lineamientos y estándares que deben cumplir las instituciones.
D.L 1327 modificado por el D.S 002-2020-JUS. Medidas de Protección para el Denunciante de Actos de Corrupción	Estable procedimientos y mecanismos de protección para facilitar e incentivar las denuncias de buena fe sobre actos de corrupción, y sanciona a las denuncias realizadas de mala fe.
Ley 27815. Código de Ética de la Función Pública.	Establece los Principios, Deberes y Prohibiciones éticos que rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública.
D.S 021-2019-JUS Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.	Busca promover la Transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información.
Ley 28024 Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública	Asegurar la transparencia en las acciones del Estado.
Ley 31227 Ley que transfiere a la Contraloría General de la República la competencia para recibir y ejercer el control, fiscalización y sanción respecto a la Declaración Jurada de Intereses	Establece la obligatoriedad de la presentación de la Declaración Jurada de Intereses en el sector público para la detección y prevención de conflictos de intereses.
Directiva No. 006-2019-CGR Implementación del Sistema de Control Interno en las entidades del Estado	Implementar el Sistema de Control Interno como una herramienta de gestión permanente, que contribuye al cumplimiento de los objetivos institucionales.
D.S 042-2018-PCM Creación de la Secretaría de Integridad Pública	Órgano responsable de ejercer técnicamente la rectoría de la política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, así como de desarrollar los mecanismos e instrumentos para prevenir y gestionar los riesgos de la corrupción.
Directiva 002-2021-PCM/SIP Lineamientos para fortalecer una cultura de integridad en las entidades del sector público	Establecen lineamientos para fortalecer la cultura de integridad en las entidades, y se crea el Índice de Capacidad Preventiva como herramienta para medir la integridad.
D.S 180-2021-PCM Estrategia de Integridad del Poder Ejecutivo al 2022 para la Prevención de Actos de Corrupción	Tiene por finalidad fortalecer la respuesta y capacidad preventiva de todas las entidades pertenecientes al Poder Ejecutivo, asegurando el cumplimiento de la Política Nacional y promoviendo una cultura organizacional íntegra.
D.S 185-2021-PCM Plataforma de Debida Diligencia del Sector Público	Creación de la plataforma digital como instrumento destinado a fortalecer la integridad y elevar los estándares de actuación pública.
D.S 001-2022-PCM-SIP Lineamientos para asegurar la integridad y transparencia en las gestiones de intereses y otras actividades a través del Registro de Visitas en Línea y Registro de Agendas Oficiales	Asegurar la integridad y transparencia en las gestiones de intereses y otras actividades en las entidades públicas.



## 4. El Sistema Nacional de Integridad como una alternativa para fortalecer la articulación

El Perú aún no cuenta oficialmente con un Sistema Nacional de Integridad, aunque diferentes voces han señalado su necesidad. Un sistema es un conjunto de normas, reglas, roles, responsabilidades, instrumentos y mecanismos de coordinación y articulación para el cumplimiento de una política. En este caso se busca fortalecer el cumplimiento de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, orientando para ello la intervención del Estado para fortalecer su capacidad de prevención frente a la corrupción.

Las prácticas y experiencias a nivel de los países muestran que un sistema de integridad efectivo requiere que los más altos niveles políticos y administrativos del sector público demuestren su compromiso. En particular, esto se traduce en el desarrollo de los marcos legales e institucionales necesarios y en clarificar responsabilidades institucionales (OCDE, 2022).

El Estudio OCDE sobre Oficinas de Integridad Institucional en el Perú señala que:

En el Perú, el nuevo Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 provee la oportunidad para diseñar e implementar Oficinas de Integridad Institucional. Las Oficinas de Integridad Institucional tienen el potencial de convertirse en actores claves para asegurar la implementación a nivel organizacional favorable a la integridad, adoptado al contexto de cada entidad pública (OCDE, 2019).

Asimismo, otro estudio OCDE sobre Integridad en las regiones peruanas que menciona la necesidad de implementar el sistema de integridad enfatiza que:

Un elemento central del ecosistema de integridad del Perú es el llamado “modelo de integridad y función de integridad” que toda entidad pública debe implementar, sin importar el nivel de gobierno del que se trate. El actual ecosistema de integridad a nivel regional comprende y se rige por varias políticas públicas, instancias y mecanismos que operan tanto a nivel central como regional (...). En la práctica el nivel de aplicación de las políticas públicas y de actividad institucional varía de una región a otra y depende de varios factores contextuales y relacionados con los recursos (OCDE, 2021).

Estudio OCDE sobre Integridad en el Perú (OCDE, 2017) señala que el país podría “construir un sistema de integridad público para mejorar la integridad del sector público; así como para prevenir y frenar la corrupción”. Asimismo, precisa la necesidad de “acllarar las responsabilidades institucionales en todo el sector público, además de promover mecanismos de cooperación y de coordinación entre los diferentes actores tanto a nivel central como subnacional de gobierno, con énfasis en la prevención”.

En el mismo sentido, la recomendación 99 del Informe de la Comisión Presidencial de Integridad enfatiza la necesidad

de “crear el Sistema de Integridad en el Poder Ejecutivo, conformado por la Oficina de Integridad”.

También el Principio 22 de los Principios de Alto Nivel sobre organización contra la corrupción del G20 enfatiza que:

Los Estados deben esforzarse por lograr un sistema de integridad coherente y coordinado en toda la administración pública, por ejemplo, designando personas de contacto para la prevención de la corrupción o estableciendo una unidad o unidades específicas responsables de coordinar las medidas de prevención de la corrupción dentro de las entidades públicas.

En ese sentido, el Sistema Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción permitiría el desarrollo de una intervención gubernamental integral y armónica entre las diferentes entidades que participan en la promoción de la ética, la transparencia, el gobierno abierto, la atención de denuncias y la protección al denunciante, la gestión de riesgos y el fortalecimiento del control, investigación y sanción de la corrupción. Temas en los que existen importantes avances pero que aún no logran articularse de manera natural. A su vez, a pesar de que coinciden en muchas de sus acciones, sus objetivos no son ideados para generar sinergias, sino que estas se hayan en el camino o de manera posterior.

Este sistema permitiría asegurar el cumplimiento del marco normativo asociado a la Integridad y la Lucha contra la Corrupción; la conducción de la implementación del Modelo de Integridad Pública, la gestión de la atención de las denuncias y el otorgamiento de mecanismos de protección al denunciante en el ámbito administrativo, entre otros.

Esta visión no solo tiene un impacto nacional, sino que buscaría también impactar al interior de las entidades públicas. Según los representantes de la Comisión Nacional Anticorrupción, el sistema también permitiría introducir un enfoque en una entidad del Estado en la que se brinde permanente capacitación ética a los trabajadores. En otras palabras, busca que todos los funcionarios sean íntegros. La visión es que el Sistema Nacional de Integridad se convertirá en la columna vertebral para



prevenir los actos de corrupción en la administración pública (Buendía, 2022).

En conjunto, un sistema de integridad y lucha contra la corrupción le da forma a una visión amplia de la reforma, enfrentando la corrupción en el sector público mediante procesos gubernamentales (códigos de liderazgo, cambios organizacionales, reformas legales y reformas de procedimientos en las burocracias, etc.) y reformas civiles (Transparency International, 2000).

#### 4.1. ¿Cuál es el marco normativo para constituir un sistema?

La Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece en sus artículos 45 y 46 dos diferentes tipos de sistema: por un lado, los sistemas funcionales, y por otro, los sistemas administrativos.

Los sistemas funcionales tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de las políticas públicas que requiere la participación de todas o varias entidades del Estado. Por otro lado, los sistemas administrativos se orientan a regular los recursos de las entidades de la administración pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.

Considerando la necesidad de estructurar una adecuada articulación entre los diferentes actores que participan en la lucha contra la corrupción, el esquema más apropiado se vincula con el de un sistema funcional.

#### 4.2. ¿Cómo se debería estructurar el Sistema?

En torno a un conjunto de actores públicos y privados; se podría estructurar en tres niveles:

- **Nivel Estratégico:** Planteamiento, supervisión y evaluación de la política de integridad y lucha contra la corrupción.
- **Nivel Táctico:** Desarrollo de acciones articuladas a nivel interinstitucional, intergubernamental y territorial para la implementación de los temas prioritarios.
- **Nivel Operativo:** Desarrollo de acciones institucionales para el fortalecimiento de la capacidad preventiva frente a la corrupción y el establecimiento de una cultura de integridad en las instituciones.

#### 4.3. ¿Qué entidades conformarían el Sistema?

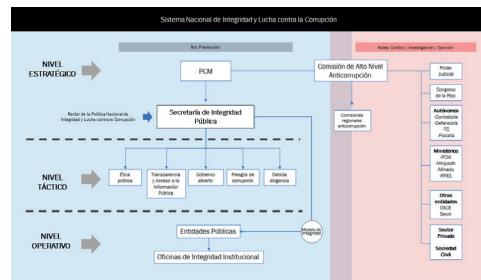
- La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (compuesta por 24 entidades del sector público, privado y la sociedad civil vinculados a la lucha contra la corrupción).
- Las Comisiones Regionales Anticorrupción.
- La Secretaría de Integridad Pública.
- La Autoridad Nacional Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Entidades públicas (a través de sus oficinas de integridad institucional).

#### 4.4. ¿Cuáles serían los beneficios?

- Fortalecimiento de la relación del sector público con el sector privado y los ciudadanos.
- Mayor fortaleza en la supervisión de las responsabilidades que las entidades deben asegurar en materia de integridad. Ello permitiría contar con entidades transparentes que rindan cuenta de sus acciones ante la ciudadanía, que entreguen la información que se le solicita, que traten a los ciudadanos por igual e impidan el acceso a ventajas indebidas y el privilegio de intereses particulares en la administración pública.
- Implementación de políticas de identificación de riesgos de corrupción y prácticas contrarias a la ética que afecten los derechos de la ciudadanía y la buena marcha de la administración pública.
- Mejora del desempeño ético de los servidores y funcionarios para asegurar la defensa del interés general y creación de valor público.
- Entidades públicas más confiables y alineadas a un estándar de integridad que permita medir sus brechas y niveles de avance para fortalecer su actuación y capacidad preventiva frente a la corrupción.

### 5. Estructura del Sistema de Integridad y Lucha contra la Corrupción

Como se planteó en la primera parte, el Sistema de Integridad y Lucha contra la Corrupción se podría estructurar en tres niveles: (i) un nivel estratégico, (ii) un nivel táctico y (iii) un nivel operativo. A continuación, se describen estos tres niveles:





## 5.1. Nivel Estratégico

Los efectos adversos multidimensionales que produce la corrupción, su impacto desfavorable con respecto al funcionamiento de la administración pública y la desviación de presupuesto público y la mella en las instituciones democráticas, hacen de este fenómeno un problema público prioritario al que todo el Estado debe de responder a fin de garantizar el cumplimiento de sus objetivos. De esta manera, la corrupción se ha convertido en uno de los problemas públicos de mayor relevancia dentro del sistema político debido a sus efectos perjudiciales en el crecimiento económico, la estabilidad política y la institucionalidad del país.

Para ello, la principal herramienta que tienen los estados para afrontar los problemas públicos son sin duda las políticas públicas, esta posición encuentra respaldo por Subirats (2008), para quien “toda política pública apunta a la resolución de un problema público reconocido como tal en la agenda gubernamental” y además añade el autor que “representa pues la respuesta del sistema político administrativo a una situación de la realidad social juzgada políticamente como inaceptable”.

En ese sentido, lo que se pretende alcanzar con la adopción de políticas públicas de integridad y lucha contra la corrupción es evitar por todos los medios que los comportamientos corruptos se gesten en la administración pública, perspectiva que trasciende la mirada de solo considerar a los delitos como el problema, sino que además considera necesario enfatizar en el desempeño ético de los servidores públicos, para así evitar faltas administrativas y prácticas cuestionables que se dan al interior de las entidades públicas.

En la actualidad, si bien contamos con la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, aprobada mediante Decreto Supremo 027-2017-PCM, es necesario actualizar este instrumento teniendo en cuenta las indicaciones que el CEPLAN ha emitido como ente rector en políticas nacionales.

La nueva política debe enfatizar en lograr que las entidades públicas fortalezcan su capacidad de prevención frente a la corrupción, lo que implica que deban asumir el cumplimiento de sus obligaciones y su responsabilidad en la lucha contra la corrupción.

Para ello, un gran paso es la incorporación de una oficina de integridad institucional en su estructura organizacional dotándola con los recursos suficientes para que puedan implementar el Modelo de Integridad Pública, fortalecer el desempeño ético de los servidores públicos y fomentar una cultura de integridad en la entidad.

Otro aspecto importante por recuperar en la nueva política nacional de integridad es la de establecer un marco organizado para el seguimiento, monitoreo y la evaluación. Sobre este aspecto si bien a nivel operativo la Secretaría de Integridad Pública ha implementado el Índice de Capacidad Preventiva

frente a la Corrupción que mide el desempeño de las entidades en el cumplimiento del Modelo de Integridad Pública, a nivel de la política nacional no se cuenta con una orientación clara para monitorear los objetivos y los resultados que se necesitan para gestionar el problema público.

A favor de este cambio, es importante señalar que el 28 de julio del presente año se promulgó el Decreto Supremo 095-2022-PCM, norma que aprueba el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional (PEDN) al 2050, el principal documento de referencia para la planificación estratégica en nuestro país. En este documento se aborda la corrupción como uno de los principales problemas del país y uno de los principales obstáculos para su desarrollo, señalando asimismo a la integridad pública como un enfoque integral para gestionar este problema a largo plazo.

El establecimiento de estas consideraciones se encuentra de manera clara en la ruta estratégica que plantea el PEDN al 2050, específicamente en el Objetivo Nacional 04. El objetivo es garantizar una sociedad justa, democrática, pacífica y un Estado efectivo al servicio de las personas, en base al diálogo, la concertación nacional y el fortalecimiento de las instituciones.

## 5.2. Nivel Táctico

A nivel táctico, la coordinación interinstitucional, intergubernamental y territorial de los temas prioritarios es lo esencial. Pero ¿qué supone la coordinación y qué alcance tiene? Al respecto, es valioso rescatar la definición planteada por Repetto, para quien la coordinación es entendida como:

El proceso mediante el cual se genera sinergia (entendida como aquello que resulta de la acción conjunta de dos o más actores, y cuyo valor supera su simple suma) entre acciones y los recursos de los diversos involucrados en un campo concreto... al mismo tiempo que se construye (o redefine, en caso de su preexistencia) un sistema de reglas de juego, formales e informales, a través de las cuales los actores involucrados encuentran fuertes incentivos para cooperar, más allá de sus intereses e ideologías particulares, por lo general, en conflicto (Repetto, 2005).

La coordinación interinstitucional es la interacción y el trabajo conjunto. Estos



generan valor que trasciende los objetivos institucionales y proyecta adecuadamente la esencia de muchos de los temas prioritarios que deben ser desarrollados en la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, pues se trata de temas con diferentes entes rectores que necesariamente deben integrarse.

La multicausalidad del fenómeno de la corrupción requiere de respuestas integrales, la coordinación evoca la acción conjunta, la integralidad, coherencia y transversalidad. Apunta Acuña (2010) acerca de la integralidad que esta implica dos principios: por una parte, tomar distancia del reduccionismo que orienta a atender causas específicas y recortar el accionar estatal, y por otra considerar aproximaciones multidisciplinarias que sean transversales. Así, los elementos sustanciales a nivel táctico son:

#### 5.2.1. Integridad pública

Según la Secretaría de Integridad Pública, es la actuación coherente con valores, principios y normas, que promueve y protege el desempeño ético de la función pública, de modo que los poderes y recursos confiados al Estado se dispongan hacia los fines que se destinaron, asegurando que el servicio público a la ciudadanía esté orientado al interés general y a la generación de valor público (Secretaría de Integridad Pública, 2021).

#### 5.2.2. Cultura de integridad pública

Como precisa la Secretaría de Integridad Pública:

La cultura de integridad pública es definida como la expresión de saberes y prácticas compartidas en una institución donde se actúa de manera consistente con sus valores organizacionales y en coherencia con el cumplimiento de los principios, deberes y normas destinados a asegurar el interés general, luchar contra la corrupción y elevar permanentemente los estándares de la actuación pública (Secretaría de Integridad Pública, 2021).

Ahora bien, para crear la cultura deseada, se argumenta que primero es importante mapear y establecer un diálogo sobre qué valores y comportamientos prevalecen en las organizaciones. Este trabajo puede ser extenso y llevar mucho tiempo, pero el mapa producido puede servir como punto de partida para crear la cultura de la administración pública que buscan las organizaciones (Andersson & Ekelund, 2021).

#### 5.2.3. Enfoque de integridad

El enfoque de integridad adoptado se basa en dos principales características:

- Se propone valuar y fortalecer el desempeño ético de los servidores públicos, implementando estándares de cumplimiento para regular la actuación pública en su relación con los ciudadanos y el sector privado con reglas comunes para todos.

- Se orienta a proteger y priorizar el interés general por encima de los intereses particulares, apelando a los principios, valores y normas que contribuyan a prevenir la corrupción, la buena gobernanza y la creación de valor público

Este enfoque de integridad se constituye en un enfoque o marco transversal de gestión, destinado a evaluar y fortalecer el desempeño ético de los servidores y funcionarios públicos, mitigando los riesgos que pudieran conducir o facilitar en una entidad la comisión de prácticas contrarias a la ética o corruptas, de modo que se actúe con prevención, debida diligencia y de manera oportuna (Secretaría de Integridad Pública. Presidencia del Consejo de Ministros, 2021).

Puesto que las lecciones aprendidas en la última década muestran que un marco moderno de gestión de la integridad apunta a ambos: prevenir la corrupción, reducir las violaciones a la integridad a través del mapeo de los riesgos de integridad e instalar contramedidas; y promover la integridad a través de estimular la comprensión, el compromiso y la capacidad para la toma de decisiones éticas (Maesschalck, 2009).

#### 5.2.4. Ética e Integridad Pública

Las administraciones públicas deben procurar el acrecentamiento de los valores éticos del servidor público, fomentando conductas o comportamientos en los funcionarios que se encaminen a realizar su trabajo con la mejor voluntad de servicio, a usar racional y económicamente los recursos del Estado, a buscar la mayor eficiencia y calidad en su trabajo, a mejorar su propia competencia profesional, a practicar la buena fe en su relación con los ciudadanos y a ayudar a crear un buen clima laboral (Naessens, 2010).

En particular, este es un punto de cierta forma difícil de lograr, ya que la ética e integridad no es requisito al momento de reclutar al personal como parte del servicio civil, pero un adecuado entrenamiento a las servidoras y servidores públicos permitiría modificar las conductas como parte del clima



organizacional. Todo ello desde un enfoque de integridad preventivo.

### 5.3. Nivel Operativo

A nivel operativo, se busca el desarrollo de acciones institucionales para el fortalecimiento de la capacidad preventiva frente a la corrupción y el establecimiento de una cultura de integridad en cada entidad.

## 6. Implementación de la Integridad Pública en las Entidades

Siguiendo a Kaptein (2009), un programa de integridad puede definirse como el sistema de control organizacional formal diseñado para crear una cultura de integridad, impedir las violaciones de la integridad y promover el comportamiento de integridad (Hoekstra & Kaptein, 2020).

La implementación de la integridad se dio en primera instancia con la creación de la Secretaría de Integridad Pública en año 2018. Durante los años posteriores se han venido creando mecanismos que permitan la institucionalización de la integridad. Es por ello por lo que para lograrlo se ha creado el Modelo de Integridad Pública, el cual tiene como objetivo garantizar que las ambiciones, normas y medidas (insumos) de integridad estén respaldadas por estructuras organizativas y procesos de formalización. Los aspectos estructurales importantes incluyen el diseño de estructuras y sistemas de integridad claros y resilientes y la delimitación de las funciones y tareas específicas de los funcionarios clave y los departamentos responsables (Hoekstra & Kaptein, 2013).

Por otro lado, Hoekstra & Kaptein (2013) nos indican que existen condiciones más importantes (críticas) para institucionalizar la integridad:

- a) *Proporcionar recursos suficientes*: la asignación de fondos adecuados y tiempo suficiente para que los funcionarios de integridad puedan desempeñar su trabajo correctamente.
- b) *Contar con experiencia*: además de la selección y el nombramiento de expertos en integridad -que conocen la organización y posean redes internas sólidas y reputaciones irreprochables -, es igualmente importante compartir el conocimiento y la experiencia con las partes interesadas tanto internas como externas.
- c) *Apoyo de la (alta) dirección*: permite mantener la integridad en la agenda de la organización en todo momento. La falta de apoyo también conduce a una situación en la que las oficinas de integridad quedan aisladas y terminan en un vacío ineficaz.

d) *Cultura organizacional*: que sea receptiva a los problemas de integridad, resiliente a las presiones políticas y caracterizada por la disposición y apertura para abordar y discutir los problemas éticos es crucial para la integridad organizacional.

e) *Dinámica organizacional*: El cambio organizacional, tanto interno como externo, influye en las iniciativas de integridad. En situaciones más dinámicas, la atención a la política de integridad y la institucionalización parece disminuir.

f) *Institucionalización de la función de integridad*: es un proceso gradual que evoluciona a lo largo de varios años. Por lo tanto, es importante tener en cuenta (e influir) las condiciones antes mencionadas en el proceso de institucionalización de la integridad dentro de la organización.

Al final, todo esto conduce al desarrollo de una estructura de integridad específica que sea apropiada para la organización, tomando en consideración su tamaño, compromiso, circunstancias específicas y las (des)ventajas de cada una de estas estructuras. Una vez que se establece una estructura básica de integridad, los hallazgos demuestran que contribuye a una mayor institucionalización de la integridad.

## 7. Modelo de Integridad Pública

Es el conjunto de orientaciones que buscan fortalecer la capacidad preventiva y defensiva de las entidades para hacer a la aparición de prácticas contrarias a la ética que pueden convertirse en actos de corrupción. Estas orientaciones se organizan en nueve componentes sobre la base de conceptos y pautas específicas a nivel organizacional y funcional, que, a la fecha, constituyen el estándar peruano de integridad y un marco de trabajo para implementar el enfoque de integridad pública en cada entidad (Secretaría de Integridad Pública, 2021).



**Figura 1.** Modelo de Integridad Pública<sup>(1)</sup>



La idea del modelo se basa en que la integridad se introduce como nueva manera de diagnosticar y, potencialmente, de curar los problemas de corrupción, lo que posibilita dejar de enfocarnos en instituciones individuales (por ejemplo, el Poder Judicial) o en reglas y prácticas separadas (por ejemplo, el Derecho Penal) para luego proponer una reforma conjunta aplicable a nivel nacional. Esto permite ver las relaciones y la dependencia entre un factor y otro, así como la eficacia que tienen todos juntos.

Esta idea de ver la integridad como sistema, además es aplicable a los instrumentos, si nos referimos a los instrumentos, en el caso de un código de ética, este por sí solo no tendrá mucho impacto; lo mismo sucede con una sesión de capacitación en integridad realmente no marcará la diferencia; o una inspección probablemente no dejará una impresión duradera. Es la combinación de tales medidas la que tendrá un efecto significativo, un efecto conjunto mucho mayor que la mera suma de los efectos de los instrumentos individuales. Por lo tanto, los instrumentos siempre deben evaluarse juntos, con especial atención a sus sinergias (Maesschalck, 2009).

## 8. Componentes del Modelo de Integridad Pública

### 8.1. Compromiso de la Alta Dirección

El compromiso de Alta Dirección comprende asumir, desarrollar y visibilizar el liderazgo de las autoridades para fortalecer una

cultura de integridad en sus entidades. Esto se puede notar haciendo explícito la integridad como un objetivo institucional priorizado, logrando que los principales documentos de gestión y planeamiento de la organización cuenten con el enfoque de integridad.

Los subcomponentes del Compromiso de Alta Dirección son:

- Fortalecimiento del órgano que ejerce la función de integridad:* Significa asegurar las condiciones necesarias para el funcionamiento del órgano que ejerce la función de integridad, donde la implementación de una Oficina de Integridad Institucional es el modelo más idóneo. La orientación de este componente es por una parte lograr contar con una estructura organizacional preparada para promover y defender la integridad; y, por otro lado, asegurar que esta funcione de manera articulada internamente.
- Visibilidad de la integridad como objetivo institucional de la entidad:* Supone desplegar una política de comunicación explícita en favor de la ética y políticas orientadas a promover la integridad y prevenir la corrupción y diversas prácticas contrarias a la ética en el sector público.

### 8.2. Gestión de riesgos que afecten la integridad pública

Para poder responder a las situaciones más vulnerables y evitar a que estos den paso a comportamientos corruptos, la prevención en las entidades requiere de la identificación y gestión de riesgos. La orientación se centra en desarrollar en las entidades competencias para anticipar comportamientos no deseados que contradigan el interés general.

Los subcomponentes de la Gestión de riesgos son:

- Identificación, evaluación y mitigación de los procesos o actividades que generen riesgos que afecten la integridad pública:* implica trabajar con los órganos y unidades orgánicas que participan en el

(1) Fuente: Integridad pública. Guía de conceptos y aplicaciones. Secretaría de Integridad Pública.



fortalecimiento de una cultura de integridad. El órgano que ejerce la función de integridad realiza el acompañamiento correspondiente. Conforme la Directiva No. 002-2021-PCM/SIP se debe priorizar procesos referidos a: contratación pública, gestión de recursos humanos, transparencia y acceso a la información pública, denuncias y protección al denunciante y provisión de servicios públicos.

- b) *Mapa de riesgos y controles:* Consiste en asumir como política permanente la revisión y actualización del mapa de riesgos, a fin de visualizar de forma sencilla los procesos existentes y los riesgos identificados en cada proceso, así como el establecimiento de acciones de mitigación y controles que la entidad aplica a cada uno de ellos.

### 8.3. Políticas de Integridad

Se deben entender como políticas institucionales las principales directrices que se deben adoptar a nivel institucional, que en concordancia con directrices de alcance nacional y normas vinculadas a la materia materializan las principales acciones a desarrollar.

Los subcomponentes de las Políticas de Integridad son:

- a) *Código conducta:* Principal guía que busca orientar el comportamiento de los servidores públicos y con ello promover una cultura de integridad en la entidad. Este documento precisa conductas específicas en el contexto y situaciones particulares de la entidad y en relación con los valores de la organización.
- b) *Prevención y mitigación de conflictos de intereses:* Los conflictos de intereses son sin duda una de las principales inconductas que dan paso a la corrupción. Es fundamental que la entidad plantee medidas tanto para prevenir, identificar y gestionar situaciones relacionadas.
- c) *Devida diligencia según las partes interesadas:* Esta política institucional busca organizar y fortalecer los sistemas de precaución de la entidad para así evitar que su interrelación con actores externos pueda generar vulnerabilidades.
- d) *Incentivos y reconocimientos al personal:* La promoción de la integridad requiere de ejemplos. Por tanto, el establecimiento de incentivos y reconocimientos no solo reforzaría comportamientos alineados a la promoción de los valores, principios y normas de la función pública destinados a fortalecer la cultura de integridad en la entidad, sino también mostraría ejemplos a seguir en la entidad.
- e) *Contratación de personal:* Implica establecer mecanismos para asegurar que los procedimientos de selección y contratación de personal vigentes cumplan con los criterios de meritocracia, integridad e idoneidad. Se busca que el proceso sea transparente, se verifique la información

presentada y se evite cualquier situación de conflictos de interés o nepotismo.

- f) *Acciones de Integridad y Lucha contra la Corrupción Institucional:* Consiste en que la entidad establezca objetivos y acciones estratégicas y operativas en los documentos de planeamiento para asegurar la asignación de recursos y el trabajo articulado al interior de la entidad.

### 8.4. Transparencia, datos abiertos y rendición de cuentas

Este componente busca que la entidad asegure el cumplimiento estricto de la normativa de transparencia y acceso a la información pública, desde asegurar la actualización y mantenimiento de los portales de transparencia estándar en sus diferentes rubros (personal, contrataciones y adquisiciones, actividades oficiales, registro de visitas, documentos de planeamiento y presupuesto, proyectos de inversión, etc.), hasta garantizar el acceso a la información pública, contribuir a la apertura de datos y promover la rendición de cuentas.

Los subcomponentes de la Transparencia, datos abiertos y rendición de cuentas son:

- a) *Transparencia activa:* consiste en asegurar la publicación y actualización de los rubros temáticos con formato estándar que contempla el Portal de Transparencia Estándar. Asimismo, el órgano que ejerce la función de integridad promueve y cautela la implementación del Registro de Visitas en Línea.
- b) *Transparencia pasiva:* consiste en comprobar el porcentaje de respuesta a las solicitudes de acceso a la información y coordinar la implementación de un sistema en línea que permita registrar las referidas solicitudes.

### 8.5. Controles internos, externo y auditoría

Este componente busca que la entidad instale y desarrolle su sistema de control interno, para cautelar para fortalecer sus procesos internos y lograr se cumplan con sus objetivos. Asimismo, en relación con el control externo, la entidad debe colaborar y facilitar las labores del control gubernamental



que realiza la Contraloría General de la República o a través del órgano de control institucional; gestionando las situaciones adversas que se puedan identificar.

Los subcomponentes de Controles internos, externo y auditoría son:

- a) *Implementación del Sistema de Control Interno*: Consiste en asegurar el cumplimiento de la implementación del Sistema de Control Interno, para ello es preciso tener en cuenta que la responsabilidad recae en la máxima autoridad administrativa de la entidad quien puede apoyarse en el órgano que ejerce la función de integridad.
- b) *Control Gubernamental - OCI*: se coordina de manera permanente con los funcionarios responsables de implementar las recomendaciones contenidas en los Informes de Control, además de que los órganos y unidades orgánicas auditadas sujetas a determinado servicio de control, actúen con diligencia cautelando la atención completa y oportuna a las solicitudes de información y documentación.

#### 8.6. Comunicación y capacitación

Este componente busca dotar de las competencias y habilidades necesarias para que los servidores públicos puedan ejercer la función pública con el mejor desempeño ético posible. Así, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción señala como un aspecto central en la prevención asegurar que los servidores públicos reciban instrucciones claras que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

Los subcomponentes de Comunicación y capacitación son:

- a) *Inducción en integridad a nuevos servidores públicos*: Se debe asegurar un integral proceso de inducción sobre integridad a los nuevos servidores que permita conocer los riesgos a afrontar y los comportamientos esperados frente a estos riesgos.
- b) *Capacitación permanente en políticas de integridad*: Se trata de incorporar en el Plan de Desarrollo de Personas cursos vinculados a fortalecer el desempeño ético de los servidores públicos y la cultura de integridad.
- c) *Comunicación de "Política de Integridad" a las partes interesadas*: se realizan actividades de difusión sobre las acciones contenidas en las "Políticas de Integridad" dirigidas a las partes interesadas.
- d) *Evaluación del clima laboral*: se verifica y monitorea la inclusión de temas vinculados con las "Políticas de Integridad" en las encuestas de evaluación del clima laboral.
- e) *Evaluación del nivel de satisfacción de las partes interesadas*: Conocer el nivel de satisfacción a las partes interesadas que articulan con en la entidad es un importante

insumo para optimizar la provisión de bienes y servicios que la entidad entrega a la sociedad, permitiendo identificar con ello si esta provisión genera valor público. Por tanto, ayuda a lograr fortalecer la confianza de la entidad.

#### 8.7. Canal de denuncias

La denuncia constituye un deber en la función pública. Por tanto, es fundamental que las entidades públicas aseguren mecanismos de recepción de denuncias funcionales, así como, dar garantía de que se atiendan las solicitudes de protección al denunciante.

De otro lado, se debe asegurar que los servidores y los ciudadanos conozcan los mecanismos de denuncia establecidos.

Los subcomponentes de Canal de denuncias son:

- a) *Implementación de canal de denuncias*: La entidad debe implementar la Plataforma Digital Única de Denuncias del Ciudadano, como el canal único de contacto digital del Estado peruano con la ciudadanía, a fin de asegurar la debida gestión y seguimiento de las denuncias de corrupción, así como el otorgamiento de mecanismos de protección al denunciante. Asimismo, debe difundir su uso.
- b) *Mecanismos de protección al denunciante*: La entidad debe cautelar el otorgamiento de las medidas de protección al denunciante conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°1327 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°010-2017-JUS, para ello es necesario que esta función sea desempeñada por personal especializado.

#### 8.8. Supervisión y monitoreo del modelo de integridad

La entidad debe asegurar un monitoreo constante al cumplimiento de las obligaciones en integridad y lucha contra la corrupción y la aplicación del modelo de integridad. Para optimizar este proceso es importante constituir mesas técnicas con la participación de los principales directivos, en el que se analicen las dificultades, los retos y se puedan adoptar acciones conjuntas.



El subcomponente de Supervisión y monitoreo del modelo de integridad es la *Evaluación de efectividad de los componentes del modelo de integridad*, el cual menciona que el órgano que ejerce la función de integridad es responsable del uso adecuado del Índice de Capacidad Preventiva frente a la Corrupción y de la actualización de las acciones asignadas de manera obligatoria y transparente.

Para apoyar esta labor, la Secretaría de Integridad Pública ha implementado el índice de Capacidad Preventiva frente a la corrupción (ICP), herramienta que permite medir el avance de la implementación del Modelo de Integridad.

Para efectuar esta medición, el ICP evalúa los estándares establecidos para cada componente. Estos estándares son parámetros de exigencia que la Secretaría de Integridad establece cada año.

#### 8.9. Encargado de modelo

Para facilitar la implementación de este modelo es necesario asignar la función de integridad, quien asume el rol de articulación de sus componentes, acompaña y orienta a los distintos órganos y unidades orgánicas. La modalidad ideal es que se implemente una Oficina de Integridad Institucional, reconocida en la estructura organizacional de la entidad. Si ello no fuera posible, existen otras alternativas relacionadas con la creación de una Unidad funcional en la máxima autoridad administrativa o que se delegue esta responsabilidad a la Oficina de Recursos humanos.

El subcomponente del Encargado del modelo es la *Función de acompañamiento*, la cual acompaña y orienta a los distintos órganos y unidades orgánicas sobre la correcta y oportuna implementación de las normas, herramientas y/o mecanismos que constituyen el estándar de integridad. Asimismo, absuelve las consultas respecto a la pertinencia o no de adoptar una determinada acción a la luz de los principios éticos que informan el modelo.

## 9. Conclusiones

- La incorporación de la integridad como una política nacional en el caso peruano ha permitido el desarrollo de un conjunto de medidas a nivel preventivo que ponen en el centro de la reforma el fortalecimiento de la cultura de integridad en las entidades públicas.
- Sin embargo, tras los primeros 5 años de implementación de esta política, el desarrollo a nivel preventivo encuentra importantes dificultades a nivel de su articulación. Diferentes son los actores que participan en el establecimiento de medidas, diferentes son sus aproximaciones.
- Ante dicho contexto, resulta necesario analizar cómo podemos lograr mayores sinergias entre los diferentes

actores que participan en el desarrollo de la integridad. Siendo una alternativa crear un sistema nacional de integridad y lucha contra la corrupción bajo el marco que establece la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo para los sistemas funcionales.

- Este sistema permitirá desarrollar la política en tres niveles. El primero a nivel estratégico, fortaleciendo el rol de evaluación y monitoreo; el segundo a nivel táctico donde es fundamental armonizar el desarrollo de los temas prioritarios, y; iii) a nivel operativo donde las entidades asumen su responsabilidad en evitar que ocurran los actos de corrupción aplicado, para ello, el Modelo de Integridad Pública.

El establecimiento del Modelo de Integridad Pública ha permitido esclarecer de manera concreta un conjunto de orientaciones, herramientas y prácticas necesarias para fortalecer la integridad en las entidades públicas peruanas y con ello incrementar la capacidad de prevención frente a la corrupción.

## Referencias Bibliográficas

- Acuña, C. (2010). Los desafíos de la Coordinación y la Integridad para las Políticas Públicas en América Latina. Una Introducción. En C. Acuña, *Los desafíos de la Coordinación y la Integralidad de las Políticas y Gestión Pública en América Latina*. Proyecto de Modernización del Estado.
- Agüero-San Juan, S., & Malem, J. (2020). ¿Toda corrupción impacta negativamente en los derechos humanos? Precisiones al enfoque adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En *Tendências jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (pp. 223-236). Livraria do Advogado.
- Andersson, S., & Ekelund, H. (2021). Promoting Ethics Management Strategies in the Public Sector: Rules, Values, and Inclusion in Sweden. *Administration & Society*, 1-28. <https://doi.org/10.1177/00953997211050306>
- Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados. (2014). *Integridad y Prevención de la Corrupción en el Sector Público. Guía Básica de Implementación*. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_mex\\_anexos\\_63.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_anexos_63.pdf)
- Bregaglio, R. y Novoa, Y. (2022). Un paso más allá de la teoría. Propuestas para efectivizar el



vínculo entre corrupción y derechos humanos en la función de los tribunales. En R. Chanjan, & I. Montoya (Eds.), *Sistema Penal y Corrupción* (pp. 61-83). Ius Et Veritas.

Buendía, P. (22 de junio de 2022). *Sistema Nacional de Integridad: estrategia frente a la corrupción*. El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/171210-sistema-nacional-de-integridad-estrategia-frente-a-la-corrupcion>

Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. (14 de septiembre de 2017). *Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción*. <https://cdn.wwg.gob.pe/uploads/document/file/45986/Politica-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contra-la-Corrupcio%CC%81n.pdf?v=1561501666>

Cunill, N. (2006). La Transparencia en la Gestión Pública. ¿Cómo construirle viabilidad? *Estado, gobierno, gestión pública: Revista Chilena de Administración Pública*, (8), 22-44.

Defensoría del Pueblo. (2022). *Análisis y perspectivas del nuevo marco regulatorio de las comisiones regionales anticorrupción*.

Hoekstra, A., & Kaptein, M. (2013). The Institutionalization of Integrity in Local Government. *Public Integrity*, 15(1), 5-27.

Hoekstra, A., & Kaptein, M. (2020). The Integrity of Integrity Programs: Toward a Normative Framework. *Public Integrity*, 1-13.

Maesschalck, J. (2009). Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation. *Global Forum on Public Governance*, (pp. 1-57).

Martinsson, J. (2021). Combatting institutional corruption: The policy-centered approach. *Crime Law and Social Change*, 75(3), 1-14.

Naessens, H. (2010). Ética pública y transparencia. *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, pp. 2113-2130. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/>

halshs-00531532/document

OCDE. (2017). *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264271470-es>

OCDE. (2017). *Recomendación de la OCDE sobre Integridad Pública*.

OCDE. (2019). *Las Oficinas de Integridad. Hacia la implementación de un sistema de integridad*.

OCDE. (2021). *Integridad en las regiones peruanas. Implementar el sistema de integridad*.

OECD. (2018). *La integridad pública desde una perspectiva conductual: El factor humano como herramienta anticorrupción*. OECD Publishing.

Plisoff, C., y Lagos, N. (2021). Implementación de sistemas de integridad como estrategia de control de la corrupción en el Gobierno Central de Chile. *Gestión y Política Pública*, 30(3), 81-114. <http://dx.doi.org/10.29265/gypp.v30i3.961>

Repetto, F. (2005). La gerencia social ante los nuevos retos del desarrollo social en América Latina. En F. Repetto, *La dimensión política de la coordinación de programas políticas sociales: una aproximación teórica y algunas referencias prácticas en América Latina*. Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social: Instituto de Administración Pública: Norwegian Ministry of Foreign Affairs: Banco Interamericano de Desarrollo.

Directiva No. 002-2021-PCM/SIP. (6 de junio de 2021). Secretaría de Integridad Pública. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1999180-002-2021-pcm-sip>

Secretaría de Integridad Pública. (2021). *Acerca del Índice de Capacidad Preventiva*. <https://reporteintegridad.servicios.gob.pe/>

Secretaría de Integridad Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros. (2021). *Integridad pública. Guía de conceptos y aplicaciones*. <https://www.minedu.gob.pe/denunciaanticorrupcion/pdf/guia-de-integridad-publica.pdf>

Subirats, J. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Grupo Planeta (GBS).

Transparency International. (2000). El Sistema Nacional de Integridad. En T. International, *Elementos para fortalecer un Sistema Nacional de Integridad* (pp. 71-80). <https://repositoriocdim.esap.edu.co/handle/123456789/805>



# Políticas Públicas para la gestión de conflictos: entre la institucionalización y el estancamiento(\*)

*Public Policies for conflict management: between institutionalization and stagnation*

**Giselle Huamani Ober<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Sandro Macassi Lavander<sup>(\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** En el presente artículo, los autores analizan el rol de las diversas estrategias de gestión de conflictos planteadas por los gobiernos del Perú durante los últimos veinte años desde un enfoque basado en las políticas públicas y en su sostenibilidad. Así, en primer lugar, presentan las fases del problema público y su relación con el proceso de producción de políticas públicas. En segundo lugar, se analiza el desarrollo presentado durante las gestiones presidenciales en lo relacionado a la gestión de conflictos y a la producción de políticas públicas relacionadas a ello. Finalmente, se presentan las conclusiones pertinentes.

**Palabras Clave:** Gestión de conflictos - Políticas Públicas - Controversias públicas - Desarrollo institucional - Manejo de conflictos - Perú

**Abstract:** In this article, the authors analyze the role of the various conflict management strategies proposed by Peruvian governments over the last twenty years from an approach based on public policies and their sustainability. First, they present the phases of the public problem and its relationship with the public policy production process. Secondly, the development presented during the presidential administrations in relation to conflict management and the production of related public policies is analyzed. Finally, the pertinent conclusions are presented.

**Keywords:** Conflict Management - Public Policies - Public disputes - Institutional development - Peru

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 08 de noviembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 05 de diciembre de 2022.

(\*\*) Magíster en Ciencias Políticas por la American University. Ph. D. in Peace Studies and Conflict Resolution por la George Mason University. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Especialista en Facilitación y Manejo de Conflictos con más de 15 años de experiencia. Conflict Resolution Consultant del Crisis Bureau del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Mediator Consultant del Banco Interamericano del Desarrollo (BID). Exsecretaria de la Secretaría de Gestión Social y Diálogo de la Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. Correo electrónico: [giselle.huamaniober@gmail.com](mailto:giselle.huamaniober@gmail.com).

(\*\*\* ) Psicólogo Social. Magíster en Comunicaciones por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Conflictos y Comunicación Preventiva. Ha sido consultor en temas de comunicación para el desarrollo en el PNUD, OPS, Chemonics Inc., BID, World Bank, SNV, MEF, entre otros. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1037-1617>. Correo electrónico: [semacassi@pucp.edu.pe](mailto:semacassi@pucp.edu.pe).



## 1. Introducción

Las políticas públicas tienen un peso gravitante en la conformación de las controversias que surgen en el marco de los conflictos y en general en el esfuerzo por generar cambios sociales. Sin embargo, hay también una dimensión comunicativa que suele acompañar los procesos de conflictividad, las controversias mediáticas amplifican la discusión e involucran una diversidad de actores comunicativos, redes de actores y decisores. Esto coloca en evidencia que se necesita estudiar más las interacciones en el espacio público para entender mejor la conflictividad social peruana.

Hay que considerar que los conflictos sociales son procesos que buscan cambiar decisiones públicas o que se adopten nuevas decisiones. En la mayoría de casos se quiere generar actuaciones gubernamentales de regulación social, procesos administrativos, reglamentos o normas que ordenan las actividades e intervenciones de los actores públicos, pero también de los privados, como lo son de las operaciones de las industrias extractivas. Por tanto, las decisiones públicas o políticas públicas son razones principales de las disputas originadas en los conflictos.

La elaboración o cuestionamiento a las Políticas Públicas suele estar acompañado de controversias públicas en el espacio mediático y en el espacio digital, donde actores políticos y redes de política buscan influenciar en los ámbitos decisionales a fin de incluir sus definiciones del problema y sus alternativas de solución.

Para fines de este artículo, necesitamos diferenciar entre las controversias sociotécnicas, de las controversias públicas. Nos referiremos a las controversias públicas como los debates y discusiones en medios, redes y espacios interpersonales, en torno a problemas públicos que no necesariamente implican premisas sociotécnicas. Estas controversias públicas son parte de un fenómeno de opinión pública.

## 2. Fases de elaboración de la política pública y el problema público

Una manera de acercarnos a la relación entre las controversias y las políticas públicas es usando las fases del ciclo de la elaboración de la política pública: Emergencia del problema público; Definición de la política Pública; Inclusión en la agenda pública; Discusión de alternativas de solución e instrumentos de política e Implementación de la política. Si bien este modelo es insuficiente, metodológicamente permite un orden en el análisis, de manera que primero haremos una reflexión sobre todo el proceso para luego analizar las controversias en cada fase de la formulación de las políticas públicas.

Todo el proceso de la elaboración de la política pública era concebido tradicionalmente como un accionar puramente

racional, basado en reglas y procedimientos que formalizaban la relación con el ciudadano (Hall, 1983). En este, la definición del problema y la selección de opciones descansaba en el experto, quien desarrollaba las reglas y procedimientos que debieran ser aplicados de manera uniforme e impersonal por el funcionario público (Subirats, 1992). En este esquema la participación y deliberación pública no eran parte del proceso de política pública.

La discusión sobre las “deliberaciones” también estaba presente en la corriente incrementalista que predominaba en los análisis del sistema estadounidense. Según esta tendencia, las políticas públicas eran el resultado de cambios graduales de pequeña envergadura que perfeccionaba la política pública en base al desarrollo anterior. Asimismo, los cambios introducidos no se desviaban de la ruta ya trazada, los cuales a su vez se basaba en concesos políticos construidos en el devenir de los complejos contrapesos institucionales de la política pública estadounidense (Lindblom, 1991).

En cambio, las controversias públicas (como las surgidas de conflictos) suelen apostar a cambios acelerados, en contracorriente a la tendencia incrementalista. Debido a que se trata de controversias intensas, marcadas por narrativas dualistas que tienen un efecto polarizador en las audiencias, los políticos y las instituciones.

Sin embargo, los estudios de Majone (2005) cuestionan el racionalismo científico sobre el que supuestamente se basaban los procesos decisionales en el desarrollo de las políticas públicas. Majone sostiene, en cambio, que las decisiones en la política pública responden más a la credibilidad de las propuestas, (y, por lo tanto, los procesos de “argumentación” y generación de consensos son fundamentales), que a un método racional de búsqueda de la solución a un problema público. Por ello la preocupación de este autor se centra en la calidad de la argumentación, pues no es posible identificar la veracidad de las propuestas.

El proceso decisional en sí mismo es la fuente de credibilidad, pues se basa en opiniones y argumentos persuasivos donde



la proposición de ideas y su crítica dinamiza las políticas públicas. En tal sentido, para Majone (2005) la deliberación y argumentación es un elemento esencial en el proceso de generación de políticas públicas. Sin embargo, Majone no desarrolla un análisis especial del espacio mediático en la política pública, solo señala que junto a otros actores de las políticas proponen una pluralidad de ideas y críticas.

Por su parte Kingdon (2014), señala que los cambios en las políticas ocurren cuando se da la confluencia de tres corrientes: la que viene de la política, de los problemas emergentes y de la administración pública. Así, se produce un enganche que aumenta la probabilidad de que los problemas y las alternativas propuestas pasen de la fase de agendamiento a la fase decisional.

Kingdon señala que hechos políticos extraordinarios o situaciones problemáticas (como podría ser un conflicto social) abren ventanas de oportunidad para que diferentes actores participen de los espacios institucionales. Dicho protagonismo apuesta a que sus necesidades, intereses y posiciones se incorporen en la respuesta gubernamental respecto a los cambios que se deben desarrollar, logrando movilizar al político y a los administradores públicos favoreciendo de esa manera la “confluencia” de las tres corrientes. Cabe subrayar que este autor no pretende ser prescriptivo, sino que introduce el factor del azar en la generación de la política pública pues dicha confluencia no siempre deriva en la formulación de nuevas políticas públicas.

La cuestión del acceso a la influencia es algo clave para Kingdon. Él subraya que el acceso a la influencia en las políticas públicas no es plural y depende de muchos factores, entre ellos el acceso al espacio mediático (porque los medios constituyen una plataforma que para las organizaciones supone un costo, sea en la modalidad de publicidad, a través de periodistas o de gabinetes de prensa). Esto produce una desigualdad pues otros grupos de mayor poder si pueden costear dichos accesos (Kingdon, 2014).

Recientes reflexiones en la discusión sobre políticas públicas enmarcan la discusión actual en torno a la complejidad de los problemas actuales, la diversidad de actores, los intereses interdependientes que representan y los subsistemas complejos, ante los cuales la administración neoliberal basada en la eficiencia de los noventas tiene serias limitaciones para abordarlo y resolverlo.

A nivel global, la situación actual de la política pública está desbordada, según Brugué-Torruebla (2014) a nivel de “las escalas territoriales y temporales (desbordamiento escalar), del abrumador dominio de la economía sobre la política (desbordamiento discursivo) y, finalmente, de la complejidad como un rasgo estructural de nuestras sociedades (desbordamiento estructural)”.

Precisamente estos 3 desbordamientos marcan los problemas estructurantes para el caso de los conflictos sociales: el ingreso de recursos al fisco para los gobiernos tiene la prioridad sobre el respeto de los derechos sociales y ambientales. La multidimensionalidad de los problemas de la interacción entre empresas y sociedad en las actividades extractivas generan un desbordamiento en el rol regulador del Estado. La globalización y localización de la protesta social, de los problemas ambientales, como de los mercados extractivos, debilitan el accionar de los Estados. A su vez, en la mayoría de veces la gestión pública se encuentra materialmente imposibilitada de resolver la cadena de problemas que se derivan de los conflictos, pues “no cuesta mucho trabajo representarse al mundo glo-local como un mundo resquebrajado por los conflictos” (Beck, 1998, p. 82).

El reconocimiento de la complejidad y dificultad de los problemas públicos que algunos han llamado “problemas malditos” (*wicked problems*) “cuestionan el paradigma clásico de la ciencia y la ingeniería basada en el profesionalismo moderno” (Casar y Maldonado, 2008, p. 7) promovido por el “*new management*”. Se requiere de otros enfoques y acercamientos como el de la coproducción de las políticas públicas (Alford, 2009; Subirats, 2015) o la gobernanza colaborativa (McGuire, 2006; Noveck, 2009), profundizando las prácticas deliberativas (Blondiaux y Sintomer, 2002).

### **2.1. La fase del surgimiento del problema público**

Las fuentes del surgimiento de los problemas públicos son diversas. Kingdon (2013) identifica que algunos problemas públicos surgen de cambios situacionales bruscos como accidentes, catástrofes, cambios ecológicos o crisis sanitarias, que reconfiguran las necesidades y crean obstáculos para su acceso.

Según Garraud (1990), la atención a los problemas públicos puede provenir de cinco fuentes: i) de la anticipación, surgida de la acción institucional de funcionarios y autoridades para responder a los cambios sociales y que suele tener una baja



conflictividad; ii) de la oferta política, como consecuencia de una competencia electoral o iniciativas parlamentarias; iii) de la acción corporativista silenciosa, que resulta de los lobbies, redes de política e instituciones de poder que operan directamente sobre los decisores.

La cuarta fuente para que se incorporen o reformen las políticas públicas, señala Garraud, es la movilización y o iniciativas de grupos sociales que consiste en “l'action de groupes organisés qui jouent un rôle moteur et s'efforcent de défendre ou de promouvoir des intérêts socio-professionnels et (ou) une cause plus idéologique” (Garraud, 1990, p. 32). Comúnmente se expresa a través de acciones contenciosas y en muchas ocasiones derivan en conflictos sociales.

La quinta fuente identificada por Garraud es la mediática, producto de la acción de los medios de comunicación a través de destapes periodísticos, coberturas de escándalos, visibilidad de cuestionamientos o deficiencias en la implementación de decisiones. Se trata de disputas discursivas, que llamaremos “controversias públicas”, donde suelen existir dos o más actores que desarrollan argumentos y contrarargumentos a través de plataformas, medios o espacios sociales. Ante ello, los medios de comunicación desarrollan el rol de *gatekeepers* que filtran lo que ellos creen que es bueno para el sistema político y la moral de la sociedad (Odugbemi y Norris, 2010). Los medios también pueden regular las dinámicas entre las partes acelerando y desacelerando el desenlace de los hechos (Strohm, 1999) y hacer uso de la opinión ciudadana para presionar las decisiones.

Lo que observamos en los conflictos socioambientales es la acción concertada o espontánea de tres de estas fuentes -movimientos sociales, redes de política, y actores mediáticos- para influir en las decisiones públicas que puedan paralizar un proyecto extractivo, o motivar la realización de una mesa de diálogo para redefinir los términos de intercambio entre la comunidad y la empresa.

## 2.2. La fase de la definición del problema público

Desde la perspectiva de Subirats y Dente (2014), cuando una necesidad pública se constituye en un “problema público” surgen controversias en torno a su definición. Sobre este tema existen tantas definiciones como actores o redes de política hay, de modo que para que sea incluido en la agenda de decisiones surge una pugna entre los actores para que su definición sea la que configure el problema pues esta conceptualización va a marcar el camino que van a tomar las decisiones y la implementación.

En este proceso concurren los actores y redes de política: Políticos, funcionarios, técnicos, organizaciones sociales, opinión pública y por cierto los medios que muchas veces funcionan de directores de orquesta de la controversia por la definición. En este proceso los medios les dan más peso a algunas ideas o actores, regulando la controversia muchas

veces en función de intereses particulares, aunque también funcionan como *gatekeepers* del sistema o como impulsores de nuevas ideas.

## 2.3. La fase de inclusión en la agenda de decisiones

Buena parte de la literatura que aborda las controversias públicas se centraron en la fase de la elaboración de la agenda de la política pública que antecede a la fase decisional. Cobb y Elder (1971, p. 906) señalan dos vías para la inclusión de temas controvertidos con las comunidades en dicha agenda:

La primera vía es la “agenda sistemática”, que es permeada en función de la atención que genere el problema a resolver (visibilidad de medios), la urgencia o prioridad (tratamiento mediático); y, si se tienen, atribuciones legales para abordarlos.

La segunda vía es la “agenda institucional” que proponen grupos e instituciones sociales para ser abordadas por la administración gubernamental (a través de la negociación directa, de los partidos, o de los medios), y cuya adopción va a depender de las características de las organizaciones promotoras, la intensidad de sus acciones, las comunicaciones hacia el gobierno y los recursos de movilización.

Las controversias no desaparecen cuando el problema público ingresa en la agenda de decisiones, sino que está presente en el resto de fases de desarrollo de la política pública. Por su parte, Stone (2012) plantea que la confrontación de ideas está presente durante todo el proceso de desarrollo de la política pública, incluso en los procesos argumentativos que las redes de política impulsan.

## 2.4. La fase de las alternativas de solución y desarrollo de instrumentos

También cuando se discuten alternativas de solución de los problemas públicos, suelen surgir controversias en torno a los ganadores y perdedores de la política, al uso de fondos públicos o surge el fenómeno de la “guerrilla post legislativa” que apunta a revertir el diseño de la política pública. Desde el punto de vista de Brugué-Torruella, “la deliberación, entendida como una forma no reduccionista de generar respuestas creativas a través de



la comunicación y el diálogo (...)” (2004). Por ende, debe estar presente en la fase decisional, donde se construyen alternativas y se optan por alguna de ellas.

## 2.5. La fase de implementación

Asimismo, también en los procesos de implementación se producen controversias y gestión de sentidos, en la medida en que también son procesos que involucran múltiples actores (autoridades, políticos, decisores, administradores, “*Street level bureaucrats*”, beneficiarios, grupos activistas).

Recientemente, los funcionarios se enfrentan con más frecuencia durante la implementación, a lo que la literatura ha denominado, problemas *Not In My Back Yard* (NIMBY), con mucha resistencia de los ciudadanos, grupos y organizaciones a la implementación de políticas, porque afectan sus intereses, estilos de vida, y su acceso a recursos. Estos problemas NIMBY se caracterizan porque generan mucha controversia pública y mediática, y en ocasiones devienen en conflictos sociales entre autoridad y población.

Incluso durante la evaluación de la política pública también entran en juego diferentes enmarcamientos del enfoque de la política pública. Incluso, según Stone (2002, p. 67) los criterios de evaluación que supuestamente son técnicos -como la eficiencia- resultan en el fondo demandas políticas. De hecho, la evaluación de las políticas públicas conlleva controversias públicas y mediáticas en torno a los criterios de valoración de los resultados e impactos de las mismas, que puede influir en la continuidad, la modificación o el cambio de la política pública.

Buena parte del ciclo de producción de la política pública se encuentra atravesado por las controversias públicas con una fuerte participación de los medios y plataformas de comunicación. Según Stone (2011, p. 13) el proceso de desarrollo de la política pública es básicamente la confrontación de ideas, ya que es el mecanismo por el que se influencia o motiva a las personas a practicar política, involucrando al individuo en acciones colectivas. Por ello, las ideas son el centro de las controversias en las políticas públicas, porque todo el tiempo se está confrontando sobre los criterios de clasificación, los alcances de las definiciones y los ideales que guían la manera como el ciudadano se comporta.

En sociedades abiertas y democráticas, el espacio público es la razón de ser del ejercicio de gobierno, por ello la deliberación se produce a la luz pública. En cambio, en sociedades autoritarias, la deliberación es suprimida y las controversias acalladas, y los conflictos terminados de manera violenta.

Por la literatura revisada, podemos concluir que la deliberación y la controversia pública son un componente central en los conflictos sociales, en tanto que se buscan afectar decisiones públicas o se demanda una intervención gubernamental para regular la interacción de los actores.

Los conflictos sociales pueden cuestionar las decisiones todo el proceso durante el surgimiento de los problemas, en la fase decisional y ciertamente en la implementación y evaluación.

## 3. La Política Pública para la gestión de conflictos en el Perú

Aunque el conflicto social haya sido un fenómeno regular en la historia del mundo y del Perú, podemos decir que la expresión de los conflictos sociales en nuestro país ha ido adquiriendo características particulares en las últimas décadas, a lo cual la gestión del conflicto ha ido adaptándose o incorporando nuevas perspectivas.

En el análisis del desarrollo de la conflictividad social peruana podemos observar que los esfuerzos por impactar las diversas causas y factores que generan y dinamizan los conflictos han tenido un alcance limitado debido a la complejidad, permanencia, y recurrencia de las problemáticas a la base del conflicto. Para ello, una adecuada política pública que transforme la conflictividad social requiere de un análisis profundo y constante de las causas y factores a fin de que guíen el desarrollo de enfoques, procesos y metodologías que atiendan la conflictividad desde sus raíces, y no solamente a partir de sus manifestaciones. Sin embargo, tomaremos como un factor preponderante para el análisis de la conflictividad la gestión pública de los conflictos debido a que el Estado al cumplir un rol de intermediación, facilitación, negociación y de garante de derechos, le imprime una dinámica propia al desarrollo de cada caso y a sus alternativas de solución.

En el contexto del Perú, el Estado a través de sus diferentes gobiernos y funcionarios dedicados a la gestión de conflictos, han desarrollado diferentes enfoques, metodologías, y prácticas que responden a determinada orientación, planificación, lineamientos políticos, y hasta preferencias personales. Por un lado, hay que diferenciar el nivel político de la gestión del conflicto representada por el Primer



ministro/a, presidente del consejo de ministros o encargado del gabinete de ministros del gobierno de turno, quien tiene el rol de portavoz oficial del gobierno, coordina y da pautas para la actuación de los ministros en los casos de conflictos. Los diferentes presidentes del consejo de ministros han imprimido un estilo personal y político, y en varios casos desarrollado una estrategia específica de gestión cuando son casos de mucha visibilidad política.

Por otro lado, hay que identificar el nivel técnico de la gestión, representada por el funcionario responsable de la unidad de gestión de conflictos y de su equipo de funcionarios especializados, quienes tienen el rol y la responsabilidad de gestionar alertar, intervenir, y dar seguimiento a los casos de conflictos. En los últimos años, con la creación del Viceministerio de Gobernanza Territorial el 2017, la figura del "viceministro" ha jugado un rol en la gestión de los casos como una manera de atender los conflictos de manera anticipada al escalamiento político y del aumento de la presión social. El viceministro cumple una función de intermediación entre el nivel político y técnico, antes de que el conflicto llegue directamente al Primer ministro. Es más, su rol consiste en promover la integración y sinergia del trabajo entre las tres secretarías que dependen del Viceministerio de Gobernanza Territorial: la secretaría de Descentralización, la secretaría de Demarcación y Organización Territorial y la secretaría de Gestión Social y Dialogo. En ese sentido, es destacable el liderazgo de los viceministros Fernández-Concha (año 2017), Molina (periodo 2018-2020) , Vilca (año 2020) y Sánchez (año 2021).

En varios periodos de gobierno, el enfoque del Primer ministro en la gestión de los casos y sus declaraciones públicas ha tenido un efecto negativo en la gestión de los conflictos, polarizando el escenario social, o elevando las expectativas, lo cual ha tenido un impacto de restar credibilidad a los esfuerzos de los gestores públicos por restaurar la confianza o llamar a la calma (por ejemplo, Valdés en el año 2012, Bellido en el año 2021 y Torres en el año 2022). En otros casos el Primer ministro ha intentado reemplazar la institucionalidad, gestionando directamente los casos como de Del Castillo

(en el año 2007), Simon (periodo 2008-2009) o Bellido (en el año 2021), sentando un precedente de escalamiento político de los casos directamente del nivel del Primer ministro al del presidente, y produciendo un debilitamiento institucional. Dichas aproximaciones a la gestión del conflicto parecieran responder a protagonismos y cálculos políticos más que a una estrategia y enfoque institucional.

Un punto de quiebre del estilo personalizado de la gestión de los conflictos, según Acevedo et al (2011), fue la gestión del premier Javier Velásquez Quesquén, quien creó unidades de gestión de conflictos en los sectores que se constituyen en la primera línea de atención de la conflictividad en el ejecutivo, dejando en manos de la PCM aquellos conflictos de mayor gravedad.

Aunque muchos gobiernos con sus más altos funcionarios puedan declarar que están implementando una política del gobierno de prevención de conflictos, de diálogo, etc., tenemos que analizar más allá de la narrativa el actual enfoque y la gestión concreta que se ha desarrollado tanto desde el nivel político como el técnico, y como estos dos niveles de gestión van de la mano con la gestión pública administrativa propia del Estado. Se requiere de mayor investigación para entender dichas relaciones entre los tres niveles.

A lo largo de los diferentes períodos de gobierno durante las últimas dos décadas, se ha podido ver el desarrollo gradual de la institucionalidad pública para la gestión de los conflictos, según se puede observar en la siguiente tabla:



Presidente:	Gabinete de:	Número de conflictos:	Muertos y heridos	Cambios Normas
Valentín Paniagua (20.11.2000 al 27.7.2001)	Pérez de Cuellar	Sin datos	No aplica	No aplica
Alejandro Toledo (28.7.2001 al 27.7. 2006)	- Roberto Dañino - Luis Solari - Beatriz Merino - Carlos Ferrero - Pedro Pablo Kuczynski	Sin datos hasta noviembre 2004 - En el 2004, 93 casos - En el 2005, 73 casos - A julio 2006, 84 casos	- 17 muertos - 239 heridos	- Grupo interinstitucional Oficina General de Inteligencia (MININTER 2002). - Grupo de Trabajo para los conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo (2003). - Unidad de prevención de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo (2004). - Unidad de Análisis Estratégico y Prevención de Conflictos (2004). - Oficina General de Gestión Social (MINEM 2005). - Unidad de Análisis de Conflictos (2005).
Alan García (28.7. 2006 al 27.7. 2011)	- Jorge del Castillo - Yehude Simon - Javier Velásquez - José Chang - Rosario Fernández	- A diciembre 2006, 97 casos - A diciembre 2007, 78 casos - A diciembre 2008, 197 casos - A diciembre 2009, 267 casos - A diciembre 2010, 246 casos - A julio 2011, 214 casos	- 193 muertos - 905 heridos	- Comisión Multisectorial para la Prevención de Conflictos Sociales (2006, 2009, 2012). - DS 007-2008-MINAM Oficina de Asesamiento de Asuntos Socio Ambientales. - Adjuntía de prevención de conflictos sociales y gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo (2009). - Secretaría de Coordinación (2007-2010). DS 010-2010-PCM Oficina de Gestión de Conflictos Sociales (2010). - RM 161-2011-PCM Lineamientos y Estrategias para la Gestión de Conflictos Sociales.
Ollanta Humala (28.7.2011 al 27.7.2016)	- Salomón Lerner - Oscar Valdés - Juan Jiménez - Cesar Villanueva - Rene Cornejo - Ana Jara - Pedro Cateriano	- A diciembre 2011, 223 casos - A diciembre 2012, 227 casos - A diciembre 2013, 216 casos - A diciembre 2014, 210 casos - A diciembre 2015, 211 casos - A julio 2016, 212 casos	- 73 muertos - 1130 heridos	- Oficina General de Asuntos Socio-ambientales (MINAM 2015). - Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad / ONDS (octubre 2012).
Pedro Pablo Kuczynski (28.7.2016 al 23.3. 2018)	- Fernando Zavala - Mercedes Aráoz • Viceministro Javier Fernández-Concha (2017)	- A diciembre 2016, 212 casos - A diciembre 2017, 169 casos - A marzo 2018, 188 casos	- 13 muertos - 29 heridos	- Viceministerio de Gobernanza Territorial (2017). - DS 022-2017-PCM. - Secretaría de Gestión Social y Dialogo (2017). - Organigrama ROF PCM y DS 042-2018-PCM.
Martín Vizcarra (23.3.2018 al 9.11. 2020)	- Cesar Villanueva • Viceministro Carlos Loret de Mola (2017-2018) - Salvador Del Solar • Viceministro Raúl Molina (2018-2020) - Vicente Zeballos - Pedro Cateriano • Viceministro Manuel Mesones (2020) Walter Martos	- A diciembre 2018, 181 casos - A diciembre 2019, 184 casos - A noviembre 2020, 198 casos	- 5 muertos - 23 heridos	



Presidente:	Gabinete de:	Número de conflictos:	Muertos y heridos	Cambios Normas
Manuel Merino (10.11.2020 al 15.11.2020)	Antero Flores-Araoz	A noviembre 2020, 197 casos	- 2 muertos - 142 heridos	No aplica
Francisco Sagasti (17.11.2020 al 27.7. 2021)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Violeta Bermúdez</li> <li>• Viceministro Paulo Vilca (2020)</li> <li>• Viceministro Edgardo Cruzado (2020-2021)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A diciembre 2020, 197 casos</li> <li>- A julio 2021, 195 casos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 3 muertos</li> <li>- 12 heridos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- RSGSD 001-2021-PCM-SGSD</li> <li>- Protocolo de prevención y gestión de conflictos sociales en contextos de emergencia nacional por el COVID-19.</li> <li>- DS 126-2021-PCM, ROF de PCM.</li> <li>- RSGSD 006-2021-PCM-SGSD, Protocolo para el monitoreo y seguimiento de compromisos.</li> </ul>
Pedro Castillo (28.7.2021, en funciones)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Guido Bellido</li> <li>• Viceministro Braulio Grajeda (2021)</li> <li>- Mirtha Vásquez</li> <li>• Viceministro Pablo Sánchez (2021)</li> <li>- Héctor Valer</li> <li>- Aníbal Torres</li> <li>• Viceministro Jesús Quispe (2022)</li> <li>• Viceministro Pedro Palomino (2022)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- A diciembre 2021, 202 casos</li> <li>- A octubre 2022, 211 casos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>5 muertos</li> <li>129 heridos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- RSGSD 007-2021-PCM-SGSD Manual Operativo de la SGSD.</li> <li>- RSGSD 008-2021-PCM-SGSD Lineamientos y protocolos Intervención del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales y Locales en gestión social y diálogo.</li> <li>- RSGSD 009-2021-PCM-SGSD Lineamientos para la promoción de la participación significativa de las mujeres en procesos de diálogo para la atención de conflictos sociales.</li> </ul>

Fuente: Defensoría del Pueblo

Fuentes:  
 Ojo Público,  
 CNDHH

Fuente: Portal gob.pe

Fuente: elaboración propia

El desarrollo institucional en la PCM con su unidad de gestión de conflictos y de las capacidades estatales respondieron a continuos aprendizajes en el esfuerzo por desarrollar diferentes estrategias. Sin embargo, muchas de estas dependerán de la fortaleza, enfoque y capacidad del Primer ministro y gabinete de ministros para manejar los conflictos, el nivel de tensión social y el grado de politización de los conflictos, más que a un proceso sistemático de desarrollo institucional. Algunas de estas estrategias de desarrollo no se

basaron en el análisis de las causas de los conflictos, sino a respuestas coyunturales. Entre todo ello, los esfuerzos de organización más substantivos ocurren durante la gestión de los responsables de dichas unidades, Huaroc (periodo 2012-2014), Luque (año 2016) y Huamani (año 2021) durante los gobiernos de los presidentes Humala, Kuczynski y Sagasti respectivamente.



Presidente:	Nivel de desarrollo institucional	Nivel de desarrollo de capacidades personal	Nivel de producción, reportes, instrumentos y enfoque	Estilo en el manejo de conflictos
Valentín Paniagua	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica
Alejandro Toledo	- Equipo inicial - Rol de analistas	Básico	Ninguno	Negociador
Alan García	- Equipos en los ministerios - Rol de analistas, articuladores y gestores - Financiamiento de la Unión Europea	- Medio - Desarrollo de capacidades en ministerios.	Bajo Lineamientos	Confrontativo - Del Castillo gestionó directamente. - Simón y Velázquez derivaron la gestión a la ONDS.
Ollanta Humala	- Rol de analistas, articuladores y gestores.	- Desarrollo capacidades en ministerios. - Desarrollo capacidades en las regiones.	Medio Reportes Willaqniki (2012) Nuevo marco de trabajo	- Confrontativo - Negociador transaccional
Pedro Pablo Kuczynski	- Rol de analistas, articuladores y gestores.	- Desarrollo capacidades interno	Alto	Negociador
Martin Vizcarra			Medio	Negociador
Manuel Merino	No aplica	No aplica	No aplica	Confrontativo
Francisco Sagasti	- Rol de analistas, articuladores y gestores. - Rol rector - Promotor dialogo con sociedad civil	-Desarrollo capacidades en ministerios. -Desarrollo capacidades en las regiones. -Desarrollo capacidades interno.	Alto	- Negociador - Integrador
Pedro Castillo			Medio	- Negociador -Concesivo transaccional

Fuente: elaboración propia

Aunque a lo largo de los años hay un cambio de nombre y reorganización interna de la institución encargada de la gestión de conflictos, se identifica que las competencias se definen mejor en la medida que se desarrollaban instrumentos de intervención en los procesos, una base de datos precisa y actualizada de los casos, y un marco teórico coherente. Es de resaltar el periodo de la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad (ONDS) entre el 2012 y el 2017, y de la Secretaría de Gestión Social y Diálogo (SGSD) entre el 2021 y el 2022, en el cual hay un mayor esfuerzo por analizar, conceptualizar, tipificar los casos, sistematizar los procesos, etc. Con el tiempo, estas iniciativas le permiten a la entidad responsable de gestionar los conflictos tener un mejor liderazgo en sus roles. Por un lado, se empezó con un fuerte énfasis en el rol de analistas, y gradualmente fue ampliando sus funciones de intervención, como diseñador de procesos, mediador, negociador, etc.

Del análisis de las competencias y funciones plasmadas en los instrumentos normativos, quizá el rol más estratégico y complejo durante todo el proceso de maduración de roles,

es el de ser el gran articulador de sectores, de gobiernos locales, de representación del sector privado y de la sociedad civil involucrados en los casos de conflictos. Hay que especificar que esta articulación es transversal para las funciones de: (i) alertar y organizar la información sobre los conflictos; (ii) de preparar e implementar las intervenciones; y, (iii) de ordenar y darle seguimiento a los compromisos. En el último periodo de la SGSD (2021), se identifica que esta afirma su rol rector sobre las demás oficinas de gestión de conflictos en los ministerios y en los gobiernos regionales, lo cual es un paso adelante importante en la institucionalización de la gestión de conflictos.

El desarrollo institucional se fue dando a partir de la urgencia y complejidad de los casos que pusieron en crisis a los gobiernos y, por tanto, a la necesidad de responder a



dichos eventos, y reencausar los reclamos sociales. Estos avances no se dieron de manera homogénea en todos los ministerios y en todas las regiones. Los ministerios más estratégicos en términos de proyectos y de riesgo social recibieron mayor apoyo en el desarrollo de capacidades y de herramientas por parte del gobierno nacional y de la cooperación internacional. El Ministerio de Energía y Minas recibió apoyo especial y prioritario debido a su rol estratégico en la promoción de las inversiones mineras y petroleras en el país, y la afectación de la generación de los ingresos nacionales a consecuencia de los conflictos. El Ministerio de Ambiente y la Defensoría del Pueblo también recibieron un apoyo importante debido al rol que desempeñan en la gobernanza social y ambiental. Sectores como el de transportes y comunicaciones, agricultura, vivienda, entre otros tuvieron un desarrollo propio de metodologías y protocolos de trabajo en sus sectores.

Asimismo, las diferentes regiones o departamentos en el país recibieron apoyo en la capacitación, formación de equipos y metodologías de trabajo a través de la formación a través de programas organizados por la cooperación internacional, gobierno nacional y/o ministerios, y las ONG. Entre las regiones que tuvieron una casuística interesante destacan San Martín (año 2012), Piura (año 2014), Loreto (año 2018), y Cusco (año 2019) entre otros. En diferentes períodos se elaboraron instrumentos, plataforma virtual, programas o equipos dedicados a la gestión de los conflictos. Algunas de las oficinas han sido formalizadas a través de una norma de creación, han sido incorporadas en los reglamentos de organización y funciones, y/o han tenido personal dedicado. Sin embargo, se observa que estos ejemplos de desarrollo institucional regional con frecuencia experimentan un grado de retroceso con cada cambio de gobierno debido a que los nuevos gobernantes tienen otro enfoque y prioridades sobre el rol de los gobiernos regionales en los conflictos en su territorio.

Hay que resaltar que hubo varios esfuerzos de desarrollar una política pública del diálogo (Humala en el año 2012), de prevención (Kuczynski y Vizcarra en el año 2018), de reconstrucción del tejido social (Sagasti en el año 2021), de prevención de conflictos sociales que involucra el desarrollo territorial e involucra el diálogo (Castillo en el año 2022), etc. Sin embargo, no se ha logrado desarrollar una política pública programática que responda a las problemáticas específicas que generan la conflictividad social en el Perú. Por ello, para entender el desarrollo de la política pública sobre la gestión de conflictos en el Perú según los hitos presentados en los cuadros anteriores, es útil analizar los diferentes avances a partir de la clasificación que hace Ortegón Quiñones (2018) y utilizar varios criterios para evaluar la política pública en gestión de conflictos:

*Sobre el criterio del concepto de ciclo o proceso de desarrollo*, algunos gobiernos han desarrollado una política pública en gestión de conflictos a raíz de la ocurrencia de la conflictividad desmesurada y de difícil tratamiento como problema en estado de crisis y, por tanto, con el carácter de urgencia para ser reencausado inmediatamente. No es que en el Perú no existan instituciones, multiactores, redes y espacios de prevención a nivel regional<sup>(1)</sup>, los hay, pero aún no se logra una prevención efectiva desde aquellos niveles, y que se complemente con la actuación de las unidades del ejecutivo y de los gobiernos regionales para una intervención conjunta y virtuosa tan pronto se manifiesten los conflictos en su etapa temprana. Por otro lado, el seguimiento de los acuerdos también ha representado un gran desafío para la gestión de los casos debido a que la dificultad, demora, o parcialidad en el cumplimiento de los acuerdos se ha convertido en un problema complejo que genera la recurrencia de los conflictos. En este tema, encontramos que la gestión pública de los proyectos que se ofrecen, se compromete o se negocian, tienen tiempos administrativos, requerimientos técnicos, ciclos de financiamiento, etc. que no van en paralelo con los procesos de diálogo que se desarrollan para los casos conflictos. Al respecto, la cooperación internacional<sup>(2)</sup> ha apoyado estratégicamente en el desarrollo de plataformas informáticas para el seguimiento al cumplimiento de los acuerdos.

*Sobre el criterio de quién hace, quién domina y quién controla el proceso*, podemos decir que desde el periodo de Toledo hasta el del presidente Castillo la generación de la política fue desde la alta gestión de PCM, y de los sectores encargados de la gestión de los conflictos en sus respectivos ministerios. La opinión de la ciudadanía, expertos y servidores públicos fue consultada durante diferentes momentos (gobiernos de García, Humala y Vizcarra) a través de talleres apoyados por la cooperación internacional y con la participación de especialistas. Hay que

(1) Comités de prevención de conflictos sociales en las regiones (MININTER), las Comisiones Ambientales Regionales, las redes de alerta temprana ambiental (MINAM), los consejos de cuenca, etc.  
(2) Unión Europea, PNUD, Banco Interamericano, entre otros.



resaltar que los primeros ministros y su formación previa en el tema de gestión de conflictos permitió dar un enfoque e impulso especial al tratamiento de los casos y procesos, destacando en ese sentido al presidente Sagasti y a los primeros ministros Salvador del Solar, Violeta Bermúdez y Mirtha Vásquez.

Sobre el criterio de la unidad de análisis, se encuentra que las prioridades en la gestión de los conflictos, como la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), han ido variando en el enfoque. Ante esto, una consideración recurrente es la priorización del análisis de la conflictividad por casos y que respondieran a ciertas características: (i) multisectorial; (ii) complejos; (iii) de alto interés para las inversiones; y, (iv) que ponen en riesgo la gobernabilidad y orden público. Sin embargo, en algunos períodos de gobierno ha prevalecido un enfoque de análisis y de intervención en torno a determinado tipo de actores que suponían un riesgo para la gobernabilidad. Por ejemplo, en los períodos de García, Humala y Kuczynski se utilizaron los estados de emergencia como herramienta para apaciguar determinadas zonas y/o actores del conflicto. Una perspectiva de análisis distinta durante el gobierno de Sagasti fue la de analizar los casos según el tipo de gestión pública a fin de desarrollar una intervención específica a los diferentes escenarios en los que el Estado cumple distintos roles<sup>(3)</sup>: (i) demandas socioeconómicas; (ii) relaciones entre comunidades y empresas; (iii) gestión de proyectos y recursos públicos; (iv) impacto socio-ambiental; (v) demarcación y ordenamiento territorial; y, (vi) actividades informales e ilegales. En el gobierno de Castillo, la Primer ministra Vásquez impulsó un análisis con enfoque territorial de los conflictos a partir del tratamiento de la zona del corredor vial minero sur como Zona de Atención Especial (PCM, 2022). De esta manera, se buscó organizar el desarrollo de las comunidades en un plan participativo y multiactor para ordenar estratégicamente la respuesta del Estado y del sector privado a las necesidades sociales básicas de las comunidades.

Sobre el criterio de las teorías epistémicas que han orientado la política pública sobre la gestión del conflicto, podemos identificar que el enfoque que ha marcado la gestión durante varios gobiernos ha estado marcado por los conflictos abiertos, manifiestos en pre crisis o crisis. En los documentos y en el marco de trabajo desarrollado por varios equipos de la PCM se consideraba el conflicto como una oportunidad de cambio y de solución de problemas; sin embargo, vemos que en la práctica las intervenciones han tenido un énfasis en las actuaciones de manejo de crisis, de negociación transaccional, de uso de la fuerza y estados de emergencia,

etc. Esto se puede ver de manera más clara durante los gobiernos de García y Humala cuando se cruzan las variables de número de conflictos, con número de heridos y muertos por los conflictos, y con el número de estados de emergencia aplicados. Hay que destacar la gestión durante el periodo del gobierno de Sagasti, en el cual el enfoque para reconstruir las relaciones sociales a través de la intervención de Perú Dialoga representa un esfuerzo excepcional por sanar el tejido social en el país en medio de un escenario de mucha polarización electoral y política (Secretaría de Gestión Social y Diálogo - PCM, 2021). Este enfoque incorpora la perspectiva de la reconciliación como un elemento fundamental para la transformación de los conflictos. En esta misma línea, los primeros ministros Del Solar<sup>(4)</sup>, y Vásquez<sup>(5)</sup> se caracterizaron por desarrollar un discurso humanista que logró reencausar el diálogo en situaciones de extrema crisis. Se necesitará mayor investigación para profundizar en los discursos de los diferentes funcionarios responsables de la gestión de conflictos, deconstruir las premisas que orientan las intervenciones y analizar los alcances de dichos procesos.

Sobre el criterio de los enfoques analíticos usados por los funcionarios públicos responsables de la gestión de conflictos en los diferentes períodos de gobierno, identificamos que hay una diversidad enfoques pero que a través de los procesos de reflexión y capacitación impulsados por algunas administraciones públicas se han buscado integrar y homogenizar. Destacan los períodos de gobierno de García, Humala y de Sagasti en lo que es procesos o talleres de formación de los funcionarios impulsados por los mismos sectores públicos, la cooperación internacional, foros, etc. Sin embargo, la frecuente rotación de los funcionarios, no ha permitido tener una continuidad en los enfoques analíticos utilizados y que guíen las alerta, la intervención y el seguimiento

(3) Al respecto, véase <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/2022433-willaqni-n-2-2021>

(4) Al respecto, véase <https://www.gob.pe/institucion/pcm/noticias/27280-salvador-del-solar-el-dialogo-es-el-mejor-camino-para-solucionar-cualquier-tipo-de-diferencia>

(5) Al respecto, véase <https://www.gob.pe/institucion/pcm/noticias/571969-premier-mirtha-vasquez-exhorta-a-comunidades-de-chumbivilcas-a-deponer-medida-de-fuerza-en-el-corredor-minero>



de los casos. Se observa que, con cada cambio de gobierno, la rotación de los funcionarios se acentúa, y en determinados gobiernos se priorizan los perfiles de funcionarios con afiliación y aspiración política que con un enfoque especializado y capacidades en transformación de conflictos. Esta forma de designación de personal o con poca formación del personal ha representado un riesgo y un retroceso para la delicada gestión de procesos complicados y difíciles, que dependen en una buena parte de las capacidades de los funcionarios de trabajo con grupos humanos, de sensibilidad hacia el contexto, de reconocimiento de la psicología de las personas, de desarrollar redes y capital social, etc.

La producción de documentos de reflexión sobre la conflictividad como han sido las revistas Willaqniki<sup>(6)</sup>, aunque han sido documentos valiosos de información sobre los casos manejados por los diferentes gobiernos desde el periodo de Humala, estas revistas han permitido cierta integración de los enfoques analíticos. Hay que destacar que es en el periodo del gobierno de Sagasti donde se produce la más importante integración de enfoques, a partir de la formulación de una serie de lineamientos de gestión de conflictos que orientan la alerta, intervención y seguimiento de los procesos a cargo de personas técnicamente especializadas. Entre todo ello, también destaca el lineamiento para garantizar la intervención de la mujer en los procesos de dialogo y de gestión de conflictos, debido a que la investigación nacional e internacional demuestran que una baja participación de las mujeres en los conflictos tiene un impacto negativo en los procesos de gestión.

## 4. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos identificar que el proceso de institucionalizar la gestión de conflictos ha estado marcado -a veces estancado, a veces avanzando- por factores sociales y políticos; pero que, a pesar de ello, se ha ido progresivamente dotando a las diferentes instancias del Estado de un marco teórico, herramientas, protocolos, casuística, entre otros, para poder alertar sobre la ocurrencia de conflictos, diseñar e implementar intervenciones, y darle un seguimiento a la implementación de los acuerdos.

Sin embargo, todo ese esfuerzo y desarrollo no ha sido suficiente para revertir, reencausar y transformar los procesos de conflictos complejos, intensos, recurrentes, y arraigados en verdaderos procesos de desarrollo y de coexistencia social. Esto nos da pistas de que los conflictos requieren ser trabajados paralelamente fomentando urgentemente la convivencia social, el respeto y prácticas democráticas. Entonces, podremos aspirar a una política pública para la transformación de conflictos que sea el resultado de un proceso analítico, reflexivo

y consensuado -y por tanto con credibilidad- sobre cómo dialogar y organizarnos como país para incidir directamente en los problemas y causas estructurales que siguen generando los conflictos sociales.

## Referencias Bibliográficas

- Acevedo, A. et al. (2011). *El Estado y la gestión del conflicto 2006-2011. Conflictos mineros por usos del territorio*. SER.
- Alford, J. (2009). *Public Sector Clients: From Service-Delivery to Co-production*. Palgrave MacMillan.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Blondiaux, L. & Sintomer, Y. (2002). L'impératif délibératif. *Politix*, 15(57), 17-35.
- Brugué-Torruella, Quim (2014). Políticas públicas: Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 1 (1), 37-55.
- Casar, Ma. A. y Maldonado, C. (2008). *Formación de la agenda y procesos de toma de decisiones. Una aproximación desde las ciencias políticas* (Documento de trabajo no. 20). CIDE.
- Cobb, R. y Elder, C. (1971). The Politics of Agenda-Building: An Alternative Perspective for Modern Democratic Theory. *The Journal of Politics*, 33(4) 892-915.
- Garraud, P. (1990). Politiques nationales : élaboration de l'agenda. *L'Année sociologique*, 3(40), 17-41.
- Hall, R. (1983). *Organizaciones, estructura y proceso*. Editorial Dossat.
- Kingdon, J. (2013). *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Pearson.
- Lindblom, C. (1991). *El proceso de elaboración de las Políticas Públicas*. Ed. Miguel Ángel Porrúa.
- Majone, G. (2005). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. Fondo de Cultura Económica
- McGuire, M. (2006). Collaborative Public Management: Assessing What We Know and How We Know It. *Public Administration Review*, 66(1), 33-43.
- Noveck, B. S. (2009). *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*. Brookings Institute Press.

(6) Al respecto, véase <https://www.gob.pe/institucion/pcm/colecciones/12-reporte-willaqniki>



Odugbemi, S. y Norris, P. (2010). Assessing the Extent to Which the News Media Act as Watchdogs, Agenda Setters, and Gatekeepers. En P. Norris (ed.), *Public sentinel: news media & governance reform* (pp. 379-394). World Bank.

Ortegón, E. (2018). *Introducción a la complejidad: política pública, planificación y valor público*. Universidad Continental.

Presidencia del Consejo de Ministros (2022, 9 de enero). PCM declara “Zona de Atención Especial” a 14 comunidades de la provincia de Chumbivilcas. gob.pe. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/noticias/574863-pcm-declara-zona-de-atencion-especial-a-14-comunidades-de-la-provincia-de-chumbivilcas>

Secretaría de Gestión Social y Diálogo - PCM (2021, 23 de julio). *Perú Dialoga / SGSD - PCM*

[Emisión en vivo]. [https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch\\_permalink&v=4399061380153516](https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=4399061380153516)

Stone, D. (2011). *Policy Paradox: The art of political decision making*. W.W. Norton & Company.

Strohm, S. (1999). The black press and the black community: Los Angeles Sentinel's coverage of the Watts Riots. En Mary Mander, *Framing Friction, Media and social conflict* (pp. 58-88). University of Illinois Press.

Subirats, J. (1992). *Análisis de Políticas Públicas y eficacia de la administración*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

Subirats, J. (10-13 de noviembre, 2015). *Innovación social y coproducción de políticas públicas en un escenario post-crisis*. XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública.

Subirats J. y Dente, B. (2014). Decisiones Públicas. El análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas. *Ariel*. 



# Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial<sup>(\*)(\*\*)</sup>

*About the nature of the crime of collusion of article 384 of the Criminal Code:  
Analysis of the jurisprudential debate*

**Rafael Chanjan Documet<sup>(\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Omar Espinoza Marmolejo<sup>(\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**María Luisa Avendaño Cotrina<sup>(\*\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Felipe Santa María Alcázar<sup>(\*\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Alonzo Choque Moya<sup>(\*\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Lucrecia Samantha Gutiérrez Hinojosa<sup>(\*\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Adler Donnovan Vega Malpartida<sup>(\*\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 8 de septiembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 28 de octubre de 2022.

(\*\*) El presente artículo se ha elaborado sobre la base del informe jurídico preparado por los/as alumnos/as de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Sección de lucha contra la corrupción y el lavado de activos (semestre 2021-2), Omar Espinoza, Adler Vega, Felipe Santa María, Lucrecia Gutiérrez, María Luisa Avendaño y Alonzo Choque. Dicho informe fue impulsado, dirigido, revisado y editado por el abogado y docente del curso, Mg. Rafael Chanjan Documet, con el apoyo del Adjunto de docencia Daniel Quispe Meza.

(\*\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada. Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad de Murcia. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Academia de la Magistratura. Asesor técnico del Programa Global “Lucha contra Flujos Financieros Ilícitos” de la Cooperación Alemana al Desarrollo – GIZ. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1521-0321>. Correo electrónico: rchanjan@pucp.pe.

(\*\*\*\*) Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). SECIGRA en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción - Sede Central. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6401-0350>. Correo electrónico: espinoza.omar@pucp.edu.pe.

(\*\*\*\*\*) Egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Ex miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Practicante profesional en la Unidad de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4224-6861>. Correo electrónico. maluavec@gmail.com.

(\*\*\*\*\*\*) Alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Ex miembro de la Asociación Civil Themis. Practicante preprofesional del área penal en Yon Ruesta Sánchez Málaga & Bassino Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0909-0199>. Correo electrónico: f.santamaria@pucp.edu.pe

(\*\*\*\*\*\*) Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Practicante profesional en la Procuraduría Pública del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5232-5251>. Correo electrónico: alonzochoque99@gmail.com.



**Resumen:** El presente artículo analiza la naturaleza del delito de colusión regulado en el artículo 384 del Código Penal peruano, a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Se examinará la relación existente entre el ilícito del primer párrafo del referido artículo -denominado “colusión simple”- y el segundo párrafo -denominado “colusión agravada”, sus bienes jurídicos protegidos y su naturaleza de delitos de lesión o de peligro. Sobre este punto, se efectuará un análisis crítico de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y se adoptará una postura sobre la naturaleza autónoma de ambos ilícitos a fin de solucionar problemáticas prácticas como el momento de consumación del delito, la tentativa y la participación delictiva.

**Palabras claves:** Colusión - Colusión agravada - Delitos de lesión - Delitos de peligro naturaleza autónoma - Consumación - Tentativa - Participación delictiva

**Abstract:** This article analyzes the nature of the crime of collusion regulated in article 384 of the Peruvian Penal Code, based on the recent jurisprudence of the Supreme Court of Justice. The relationship between the illicit of the first paragraph of the aforementioned article -called “simple collusion”- and the second paragraph -called “aggravated collusion”, its protected objects and its nature of crimes of injury or danger will be examined. On this point, a critical analysis of some jurisprudential pronouncements will be made and a position will be adopted on the autonomous nature of both crimes in order to solve practical problems such as the moment of consummation of the crime, the attempt and criminal participation.

**Keywords:** Collusion - Aggravated collusion - Crimes of injury - Crimes of danger - Autonomous nature - Consummation - Attempt - Criminal participation

## 1. Introducción

El artículo 384 del Código Penal prescribe dos ilícitos de distinta naturaleza. Cada uno expresa particularidades más que atendibles, las que determinan diferencias con relación a los bienes jurídicos que garantizan y su naturaleza de delitos de lesión o de peligro. El descubrimiento de esta naturaleza diferenciada exige, por supuesto, comprender la relación entre las llamadas *colusión simple* y *colusión agravada*. A nuestro entender, nada brinda más luces sobre la cuestión descrita que la observación de las más altas esferas de la actividad procesal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto es heterogénea. La mayoría de resoluciones comprenden la relación de las modalidades como una propia de tipo base y modificado; sin embargo, la presencia de una sólida resolución contraria impide descartar una relación de tipos penales autónomos. Con base en lo anterior, el presente artículo pretende responder a la cuestión medular: ¿cuál es la relación entre las dos modalidades de colusión dispuestas en el artículo 384 del Código Penal?

Nos encontramos en la firme convicción de que brindar respuesta a la pregunta planteada se reviste de importancia apremiante. Primero, porque, actualmente, el sistema jurídico no brinda una respuesta consecuente y segura; por el contrario, pensamos que este esfuerzo evidencia una discusión necesaria de agotarse cuanto antes. Y, segundo, porque la afirmación de una postura u otra tiene consecuencias prácticas en la aplicación de las modalidades examinadas. Estas cubren aspectos tan generales como el bien jurídico protegido por cada modalidad, así como aspectos específicos sobre participación delictiva.

En ese orden de ideas, la ejecución de esta investigación hará uso de un enfoque exclusivamente cualitativo. Centraremos nuestra atención en el examen de tres casaciones de la Corte Suprema (Casación No. 661-2016-Piura, Casación No. 1648-2019-Moquegua y la Casación No. 542-2017-Lambayeque) en referencia a la naturaleza de lesión o de peligro de los delitos del artículo 384 del Código Penal y consecuentemente del tratamiento de la tentativa y consumación, y la participación delictiva. La revisión de doctrina autorizada permitirá fijar nuestra posición respecto de la relación controvertida entre los tipos penales del primer y segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal y analizar las consecuencias dogmático-penales de nuestra perspectiva.

En las siguientes páginas, encontrarán, en primer lugar, aspectos generales del delito de colusión. En segundo lugar, se apreciará una exposición pormenorizada de los argumentos expuestos por las casaciones objeto de análisis, así como una explicación de las principales diferencias entre ellas. Finalmente, justificaremos la postura que fundadamente sostenemos, así como las consecuencias dogmáticas que esta trae consigo.

## 2. Aspectos generales del delito de colusión

En este punto, se abordará de manera genérica tres aspectos relevantes respecto al delito de colusión: los sujetos del delito, la conducta sancionada y el bien jurídico protegido.



## 2.1. Sujetos del delito de colusión

El primer párrafo del artículo 384 del Código Penal define al delito de colusión como aquel en el que un funcionario o servidor público concierta con un particular sobre una contratación, adquisición o cualquier operación que se realice en el desempeño de su cargo con la finalidad de defraudar al Estado. En el mismo tenor, el segundo párrafo del mismo artículo dispone la llamada modalidad agravada del delito, en la que intervienen precisamente los mismos sujetos. La diferencia radica más bien en la conducta sancionada, como expondremos posteriormente.

En ese sentido, los sujetos de ambas modalidades serían, por un lado, el funcionario o servidor público y, por el otro, el Estado; de ahí podemos distinguir entre sujeto activo y pasivo del delito respectivamente. Al respecto, Abanto señala que el sujeto activo “es un “funcionario público” con la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito (...)" (2003, p. 310). Asimismo, explica que el sujeto pasivo del delito es el Estado, representado por el aparato estatal en general, en todos sus niveles (2003, p. 310).

Sobre ello, merece la pena hacer una importante precisión. No basta con que el sujeto activo se desempeñe como funcionario o servidor público, sino que también debe existir la posibilidad real de que este pueda intervenir en las contrataciones u otras operaciones que realice en representación del Estado, con base en los deberes específicos que le son atribuibles a su cargo (Pariona, 2017, p. 55). Esta característica no implica necesariamente una participación directa, ya que es posible que se actúe indirectamente a través de otros sujetos, utilizando para ello su posición de poder e influencia obtenida por el desempeño de un cargo. La redacción actual del tipo penal favorece esta interpretación y rezaga lecturas más restrictivas que reducirían el sujeto activo a solo aquellos funcionarios públicos que tienen como competencia la suscripción de un contrato (Montoya, 2015, p. 138). Así, también puede ser sujeto activo de colusión aquel funcionario que incida, a razón de su cargo y de cualquier modo, en el proceso de contratación.

## 2.2. Conducta sancionada

En este punto, se desarrollará el tema de la conducta típica sin perjuicio del análisis doctrinal y jurisprudencial suficiente y profundo que se realizará más adelante.

Con relación al contexto típico, el tipo penal del delito de colusión señala que este puede realizarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Por lo tanto, se ha entendido que el contexto en el que se lleva a cabo el delito es uno de

“naturaleza contractual” (Pariona, 2017, p. 61), ya que puede cometerse en cualquiera de los regímenes de contratación pública que rigen en el Estado peruano y en cualquiera de las fases de la contratación pública.

A partir de esta tipificación abierta, entendemos que este delito ha de interpretarse de manera amplia y no restrictiva. Como señala Pariona, “cuando la norma penal alude a la contratación estatal, se refiere a todos los actos jurídicos que implican la colaboración de los administrados con la administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera” (2017, p. 65). Por ello, se deben considerar todos los regímenes de contratación pública que rigen en el Estado Peruano, que son tres: Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341), Asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo 1124) y Obras por impuestos (Ley 29230). Siendo así, el delito se puede cometer en cualquiera de estos regímenes.

Dicho de otra manera, el delito de colusión no se enmarca solamente en las contrataciones reguladas en la Ley de contrataciones, sino en todos aquellos contratos a cargo del Estado con naturaleza económica<sup>(1)</sup>.

Ahora bien, la colusión contiene dos modalidades: una simple y otra llamada agravada. Por un lado, la modalidad simple se consuma cuando se realiza la concertación con el fin de defraudar al Estado, sin necesidad de que el Estado sufra perjuicio alguno. Por otro lado, en la colusión llamada agravada, sí es necesario un elemento posterior a la concertación: la defraudación patrimonial, entendida como perjuicio patrimonial efectivo en contra del Estado (Pariona, 2017, p. 131). Así, las modalidades descritas evidencian divergencia en el momento de su consumación, compuesta por su relación con el elemento defraudatorio.

Sobre este punto, es propicio compartir las siguientes posiciones complementarias. En sentido amplio, el concepto de defraudación se define como la mala administración, y disposición de los recursos y caudales

(1) Cabe acotar que el inciso d) del artículo 2 de esta ley excluye de su aplicación la contratación bancaria y de financiamiento.



del funcionario público, en tanto busca satisfacer intereses personales (Chanjan et. al, 2020, p. 44). En sentido estricto, el concepto de defraudación se define como “salirse del rol especial asumido por el sujeto público y la violación del principio depositado en él. Este asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas patrimoniales del Estado” (Salinas, 2019, p. 349). Sin embargo, estas posiciones solo pueden ser comprendidas en su integral amplitud mediante el análisis del siguiente punto.

### 2.3. Bien jurídico protegido

Para atender de modo satisfactorio la discusión respecto del elemento “defraudación” en las modalidades de colusión, debemos analizar el bien jurídico protegido detrás de cada una de estas modalidades delictivas. A continuación, expondremos las principales notas doctrinarias alrededor de esta cuestión.

Comenzando con el tipo de colusión previsto en el primer párrafo del artículo 384, existen dos grupos de posturas claramente diferenciables: aquellas que sostienen que el bien jurídico de protección es el patrimonio público y el grupo que argumenta que este no lo es.

De acuerdo a Rojas Vargas (2009), las posturas que sostienen que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio público se conocen como patrimonialista y, por lo general, lo justifican en la proporcionalidad de la pena:

¿Cómo se podría explicar una pena tan alta, quince años para un delito de peligro en donde no se afecta el patrimonio del Estado? ¿Cómo se podría explicar que, en el peculado, donde no hay afectación al patrimonio, la pena es de ocho años? ¿Cómo podríamos entonces señalar que, donde no hay afectación, la pena puede ser de quince? Debido a estos argumentos, ya se puede establecer que se trataría de un delito que exige afectación patrimonial al Estado (p. 38).

Si bien las recientes modificaciones hacen menos dramática la desproporción señalada por el autor, esta sigue siendo atendible. Mientras que el delito de peculado prevé una pena de cuatro a ocho años, el de colusión del primer párrafo no se aleja mucho de este al sancionar su conducta con pena de tres a seis años. Diría Rojas Vargas, ¿cómo se podría explicar una similitud tan cercana de la pena si lo que se está poniendo en peligro no es el mismo patrimonio del Estado? Es así que, incluso frente a la actual estructura del artículo 384, el jurista ratifica que el objeto de tutela penal posee naturaleza patrimonial (Rojas Vargas, 2021).

A pesar de ello, la doctrina ha desarrollado posiciones que rechazan esta comprensión. Estas son las denominadas posturas institucionalistas y comprenden diversas vertientes. La primera de ellas sostiene que el bien jurídico involucrado es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones

contractuales del Estado (Guimara, 2011, p. 4). Se argumenta, en esta línea, que el patrimonio estatal no merece una protección especial frente al patrimonio de cualquier ciudadano y que la asignación eficiente ya es un interés respaldado parcialmente por los principios previstos en la Ley de Contrataciones del Estado. De este modo, la asignación eficiente de los recursos implica necesariamente su gestión imparcial<sup>(2)</sup> pues solo así se garantizan los derechos humanos de los ciudadanos (Montoya, 2016, p. 137). Es decir, no se protege el patrimonio público, sino los principios que deben regir su gestión.

En una posición semejante se encuentra el sector de la doctrina que defiende que el bien jurídico protegido en la llamada colusión desleal es el correcto funcionamiento de la Administración pública, que se manifiesta esencialmente en su dimensión de imparcialidad (Pariona, 2017, p. 25). En un tenor más específico, Diaz sostiene que el bien jurídico detrás de este delito es el correcto funcionamiento de la actividad contractual del Estado, entendido como el respeto de los principios de legalidad e imparcialidad en este contexto particular (2016, p. 202). Así también lo entiende Salinas, quien señala a los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores -de una determinada operación contractual del Estado- como los bienes jurídicos específicos del tipo estudiado (2019, p. 366). Es decir, cuando el funcionario público se concierta para defraudar al Estado, vulnera su deber de imparcialidad con el que debe representar los intereses públicos al anteponer los privados. Igualmente, Chanjan et al. sostienen que la imparcialidad con la que el funcionario o servidor público representa los intereses del Estado (2020, p. 42).

Dada la mejor aptitud de esta tesis para cerrar espacios de impunidad, se cuenta no solo con significativo respaldo doctrinario, sino también jurisprudencial. El Tribunal Constitucional, en su sentencia No. 00017-2011-AI/TC, explica que la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante sus principios, tiene arraigo constitucional.

(2) En la misma tendencia, el profesor Abanto argumenta que el menoscabo al patrimonio administrado por el aparato público se realiza en cuanto al conjunto de expectativas que se tiene con el particular con el que se contrata son defraudadas (2001, p. 261).



De hecho, con base a ese razonamiento, rechaza la incorporación del término “patrimonialmente” a la primera modalidad de colusión. Argumenta que el principio de “buena administración” se deduce del artículo 39 de la Constitución, fundamento que exige ejercer persecución penal sobre las conductas que atenten contra los principios que rigen la contratación pública. Asimismo, sostiene que esta protección no exige la acreditación de un perjuicio patrimonial, pues así también lo dispone la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ahora, ¿qué ocurre con el bien jurídico protegido en el segundo párrafo del artículo 384? Como mencionamos anteriormente, este sanciona al funcionario que “mediante concertación” defrauda patrimonialmente al Estado. Determinar si esta modalidad de colusión protege el mismo bien jurídico o uno distinto que la primera está íntimamente relacionado con la problemática principal de esta investigación; es decir, si la colusión agravada es un tipo derivado de la colusión simple o si se trata de un tipo autónomo que sanciona conductas diferentes. Por ello, la determinación del bien jurídico en el tipo penal de colusión agravada estará sujeta a la respuesta de la pregunta principal a ser desarrollada en los acápite siguientes.

### 3. Divergencia jurisprudencial sobre la naturaleza del delito de colusión

Habiendo abordado los aspectos generales del delito, corresponde analizar la controversia en relación a la naturaleza de la colusión. Si bien la doctrina mayoritaria reconoce la regulación del tipo de colusión en dos modalidades, una simple y una agravada, no existe un consenso jurisprudencial en torno a la forma en cómo se relacionan los tipos penales. Así, mientras algunos tribunales siguen la postura doctrinal mayoritaria, otros conciben la existencia de dos tipos autónomos en la regulación del artículo 384 del Código Penal. Dicha controversia será abordada principalmente a partir de tres resoluciones de la Corte Suprema que desarrollan la Ley 29758, ley que regula el delito de colusión en dos modalidades: la Casación No. 661-2016 - Piura, la Casación No. 1648-2019 - Moquegua y la Casación No. 542-2017 - Lambayeque.

#### 3.1. Sobre la tesis de un tipo base-derivado en el delito de colusión

En este punto, se analizarán las Casaciones No. 661-2016-Piura y 1648-2019-Moquegua sobre la naturaleza de tipo base-derivado en el delito de colusión.

##### A) Casación No. 661-2016-Piura

Respecto de la Casación No. 661-2016-Piura, esta concibe al delito de colusión en dos modalidades, tal como ha sido regulado en la Ley 29758; sin embargo, opta por una posición no aclarada previamente respecto de la naturaleza de la conducta típica y el bien jurídico del delito. A fin de exponer dicha posición y detallar

las posibles consecuencias, abordaremos los fundamentos que van del décimo tercero al vigésimo primero, con la precisión de que los primeros cinco fundamentos referirán al análisis de la conducta típica, mientras que los cuatro restantes referirán al análisis de las formas de intervención del delito.

Un primer aspecto a tener en cuenta es el análisis de la conducta típica. Para comenzar, el fundamento décimo tercero señala lo siguiente:

El delito de colusión, previsto en la Ley 29758 –que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual–, regula dos supuestos:

1) Colusión simple y 2) Colusión agravada; el primero establece que: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, mientras que el segundo señala: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los Interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)”

A partir de ello, se concibe, en el fundamento décimo cuarto, que el núcleo del comportamiento típico de ambas modalidades es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en el ámbito de la contratación pública. Ello encuentra identidad en el Expediente No. 0017-2011-PI/TC, en cuyo fundamento jurídico 18, el Tribunal Constitucional señaló que el “(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...”).

El fundamento décimo quinto, en otro orden de cosas, establece la diferencia entre las modalidades de colusión desde la perspectiva de la consumación. Tal fundamento señala, por un lado, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio



efectivo o que el funcionario obtenga una ventaja. Por otro lado, menciona que la colusión agravada requiere que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, es decir, se cause perjuicio patrimonial a este.

A partir de lo mencionado, los fundamentos décimo sexto y décimo séptimo detallan los elementos típicos requeridos para la configuración de ambas modalidades.

Respecto a la colusión simple, el fundamento décimo sexto establece que esta requiere la concertación ilegal entre el funcionario público y el interesado, y que, producto de dicha concertación, se genere un peligro potencial para el patrimonio estatal.

Si bien la colusión simple no exige la concreción de la defraudación, la Corte Suprema ha expresado la necesidad de la peligrosidad idónea de la conducta para producir el efecto de defraudar, debiendo ser tal efecto de naturaleza patrimonial. En relación a lo último, el Recurso de Nulidad No. 341-2015-Lima establece que, al hacer el artículo de colusión una expresa referencia a una conducta orientada a defraudar, este precepto protege el patrimonio del Estado. En consecuencia, podemos inferir que la Corte suscribe una tesis patrimonialista respecto al bien jurídico protegido. Así, Castillo Alva sostiene lo siguiente:

La particularidad del delito de colusión ilegal reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) al Estado (citado en Díaz, 2016, p. 171).

Respecto a la colusión agravada, el fundamento décimo séptimo establece que esta se trata de un delito de resultado lesivo, en tanto requiere que el agente perjudique o defraude efectivamente el patrimonio estatal. Entonces, a diferencia de la colusión simple, la concertación con finalidad de defraudar ya no es suficiente, sino que se requiere la lesión efectiva del patrimonio del Estado. Vemos acá una apreciación mucho más clara respecto al patrimonio estatal como bien jurídico protegido por la norma. Siendo ello así, cobra relevancia la pericia contable como prueba para determinar el perjuicio efectivo al Estado. En esa línea, se ha pronunciado la Casación No. 1105-2011/SPP, así como el Recurso de Nulidad No. 341-2015-Lima, las cuales señalan al informe de pericia contable como una prueba directa e idónea para acreditar el perjuicio patrimonial en el delito de colusión en su modalidad agravada.

Por lo mencionado, inferimos que, bajo esta concepción, el delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada, es entendido como una conducta orientada a defraudar o que defrauda patrimonialmente al Estado, lo cual uniformiza la relación entre ambas modalidades de colusión, al compartir ambas un mismo bien jurídico tutelado.

Esto se condice con lo que adelantamos en el acápite anterior sobre el bien jurídico en las concepciones que afirman una relación de tipo base-derivado. Como afirma Meini (2014), “el vínculo que relaciona a los tipos agravados y a los tipos atenuados con el tipo básico es el bien jurídico” (p. 48). Dicho esto, bajo un supuesto de colusión agravada, ni la imparcialidad del funcionario ni la eficiente asignación de recursos se ven sustancialmente más afectados que en la colusión simple. Entonces, no habría una justificación para el agravamiento de la pena, salvo que se considere al patrimonio como bien jurídico. El aumento de pena debe ser proporcional a la mayor afectación que sufre el bien jurídico bajo la modalidad agravada (Meini, 2014, p. 48). Por ello, más adelante se verá que, si se considera a la colusión agravada como un tipo derivado, la diferencia entre ambas modalidades se encontrará, principalmente, en el tipo de afectación al bien jurídico.

El problema con ello radica en la punibilidad exclusiva de conductas orientadas a defraudar patrimonialmente y de aquellas que conllevan una defraudación patrimonial efectiva, mas no de las conductas orientadas a o que conllevan una defraudación no patrimonial.

Por otro lado, un segundo aspecto a tener en cuenta es el análisis de las formas de intervención del delito. El fundamento décimo octavo desarrolla la definición de complicidad primaria y secundaria, diferenciando entre actos esenciales y no esenciales para la comisión del delito, respectivamente.

Luego, en el fundamento décimo noveno, se indica que la participación de los sujetos considerados como cómplices debe darse antes o durante la comisión del delito, ya que, de otro modo, dichas acciones no constituyen un supuesto de complicidad.

Respecto a la tipicidad como requisito fundamental para la valoración de la participación de un tercero en un delito de infracción de deber, el fundamento vigésimo señala que el delito de colusión es un delito de participación necesaria, ya que requiere de la intervención del funcionario público y el interesado en la concertación.



Finalmente, dado que es necesario que el tipo penal establezca la participación de un sujeto en la ejecución del delito, a partir de lo regulado por el artículo 384 del Código Penal, concluimos que el cómplice será el interviniente interesado en concertar con el funcionario público con el objetivo de defraudar patrimonialmente al Estado. Cualquier otro supuesto no podrá constituir participación de un tercero.

### B) Casación No. 1648-2019-Moquegua

Ahora bien, la jurisprudencia que se adhiere a la concepción de las modalidades de colusión en una relación base-derivado no es uniforme en todos sus aspectos. Recientemente, la Corte Suprema publicó la Casación 1648-2018-Moquegua. Esta menciona en el fundamento tercero lo siguiente:

El primer párrafo (colusión simple) importa que el agente oficial se concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado. El segundo párrafo (colusión agravada) exige que la concertación con los interesados importe una defraudación patrimonial al Estado o entidad u organismo del Estado.

Como puede verse, mantiene la idea de que la colusión agravada está constituida por un acuerdo subrepticio (colusión simple) con un elemento adicional, que es la defraudación patrimonial del Estado. Asimismo, se ajusta a una tesis patrimonialista y no distingue a las modalidades por el bien jurídico, sino por el tipo de afectación (peligro abstracto, peligro concreto o lesión efectiva).

Por otro lado, esta casación reconoce la existencia de un espacio intermedio, que ocurre cuando se realizan actos orientados a ejecutar el acuerdo y ocasionalmente el perjuicio, sin que este llegue a producirse. Esto, de acuerdo con la casación, deberá ser castigado como tentativa de colusión agravada. De esta forma, podría decirse que, al enfocar la atención sobre lo ocurrido entre el acuerdo y la efectiva defraudación, se ha realizado una división tripartita a partir de la afectación al patrimonio como bien jurídico: el peligro abstracto será sancionado como colusión simple, el peligro concreto como tentativa de colusión agravada y la lesión efectiva como colusión agravada consumada. Véase el siguiente fragmento del fundamento tercero:

La colusión simple se consuma con el acuerdo colusorio. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado (ha de ser un acuerdo colusorio idóneo para defraudar: peligro abstracto) [énfasis agregado]. La colusión agravada se produce con la defraudación patrimonial al Estado -es un delito de lesión, de resultado: lo ejecutado ha de importar un perjuicio para el Estado-, y si el acuerdo colusorio se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, tal conducta se castiga como tentativa de colusión agravada (énfasis agregado) [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Ibidem*, pp.187, 192 y 195], dato que a menudo se olvida por focalizar el delito desde la exclusiva perspectiva de su consumación, sin advertir las formas imperfectas de ejecución delictiva.

### C) Diferencias entre ambas casaciones

Como ha podido verse, existe divergencia jurisprudencial incluso dentro de este primer grupo. Es decir, dentro de la postura que concibe a la colusión agravada como un tipo derivado de la colusión simple.

Por ejemplo, las casaciones expuestas sugieren distintas imputaciones dependiendo del riesgo creado. La Casación No. 661-2016-Piura únicamente contempla dos posibilidades: peligro potencial para la colusión simple y lesión efectiva para la modalidad agravada. Por otro lado, la Casación No. 1648-2019-Moquegua prevé una tercera situación, en la cual se cometen actos orientados a defraudar en cumplimiento del acuerdo subrepticio, pero la defraudación no llega a producirse de manera efectiva. En esos casos, se afirma que debería imputarse una tentativa de colusión agravada.

La Casación No. 661-2016 hace especial énfasis en la necesidad de acreditar que la conducta tenga la posibilidad de afectar al bien jurídico. Véase el fundamento décimo sexto:

La colusión simple exige una aptitud lesiva para defraudar. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

Por su parte, como se mostró previamente, la Casación No. 1648-2016-Moquegua refiere expresamente que "la colusión simple se consuma con el acuerdo colusorio. No es necesario que se haya ejecutado lo acordado, ni que se haya generado un peligro concreto de lesión o una lesión efectiva al patrimonio del Estado". Si bien no se hace referencia expresa al peligro potencial, la Casación es tajante al afirmar que la colusión simple solo requiere la verificación del hecho. Así, se estaría refiriendo a un delito de peligro abstracto, y abarca espacio de punibilidad que la Casación No. 661-2016-Piura excluye.

En resumen, si bien ambas casaciones conciben a la colusión agravada como un tipo derivado y se guían por una tesis patrimonialista, difieren sustancialmente en



cuanto a la imputación que corresponde según la afectación al bien jurídico. La Casación No. 661-2016-Piura considera que el solo acuerdo no constituye un delito si no puede potencialmente afectar el patrimonio del Estado, mientras que la Casación No. 1648-2016-Moquegua valora esto mismo como una colusión simple. Por otro lado, la primera casación considera que la modalidad simple del delito abarca todos los posibles actos del sujeto hasta que se produzca la defraudación, mientras que la segunda contempla un espacio intermedio para los casos en que el bien jurídico se ponga en peligro concreto.

Lo anterior puede visualizarse en la Tabla 1:

**Tabla 1**  
*Principales diferencias entre las casaciones estudiadas respecto de la calificación jurídica*

Afectación al bien jurídico "patrimonio"	Peligro abstracto	Peligro potencial	Peligro concreto	Lesión efectiva
Casación No. 661-2016-Piura	Atipicidad	Colusión simple	Colusión simple	Colusión agravada
Casación No. 1648-2016-Moquegua	Colusión simple	Colusión simple	Tentativa de colusión agravada	Colusión agravada

La divergencia descrita no es ociosa, sino que tiene consecuencias jurídicas reales en el ámbito de imputación a título de participación. La Casación No. 661-2016-Piura concluye, en su fundamento vigésimo primero, que no se puede hablar de cómplice de colusión fuera de la esfera del particular interesado. Esta afirmación es consistente con la comprensión de la colusión simple como un tipo de peligro potencial, pues el acuerdo colusorio con idoneidad probada para perjudicar el erario público ya no podrá poner en mayor riesgo al bien jurídico, salvo su lesión efectiva en la consumación de colusión agravada.

A diferencia de esta postura, si la colusión simple es un tipo de peligro en abstracto y existe un espacio intermedio en el que la conducta concreta su peligro al patrimonio del Estado, entonces las conductas típicas en este camino a la lesión efectiva podrán ser punibles. La tesis de la Casación No. 1648-2019-Moquegua, por tanto, admite que quienes participen en la concretización del peligro al objeto de tutela sean sancionados.

### **3.2. Sobre la tesis de tipos penales autónomos en el delito de colusión**

En la Casación No. 542-2017-Lambayeque, dada la particularidad de la interpretación del artículo 384 del Código Penal, los magistrados de la Corte Suprema no llegaron a un consenso sobre las modalidades que presenta el delito de colusión, los tipos penales, ni los requisitos para que se configuren. Por ello, emitieron su voto de manera discordante, fundamentando sus propios argumentos jurídicos; esto sin

perjuicio de que, para alcanzar la mayoría de acuerdo a ley, se convocó al voto dirimente del magistrado Castañeda Espinoza, quien se adhirió al voto de las magistradas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pachecho Huancas.

Por un lado, el voto en minoría fue dado por los jueces Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón. Al respecto, Saldarriaga señaló lo siguiente sobre el delito de colusión:

Ha sido construido históricamente siempre por el legislador nacional como un acto de negociación maliciosa que realiza el funcionario público cuando interactúa en representación de los intereses del Estado. Por tanto, lo antijurídico de dicha conducta funcional radica en que el agente defrauda la expectativa del Estado al concertarse ilícitamente con alguna de las partes intervenientes en el proceso de negociación como una negociación maliciosa que el funcionario realiza cuando interactúa en representación de los intereses del Estado (Corte Suprema, 2019, FJ. octavo)

Ahora bien, en líneas anteriores, se ha podido dar cuenta que, conforme a lo establecido en las posiciones de las casaciones de Moquegua y Piura, el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio público. Por su parte, en la Casación No. 542-2017-Lambayeque, según Prado Saldarriaga, la defraudación patrimonial no constituye en ningún término un perjuicio patrimonial concreto y cuantificable, por cuanto no resulta exigible el requisito de perjuicio patrimonial cuantificable para configurar el delito de colusión.

Asimismo, Prado Saldarriaga considera que “se defrauda patrimonialmente al Estado al frustrarle del mejor resultado posible para sus intereses en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación (*énfasis agregado*), como señala expresamente el segundo párrafo del artículo 384 CP” (Corte Suprema, 2019, FJ. noveno). De esta manera, para que se configure el delito de colusión, se va a requerir de una defraudación patrimonial al no anteponer los intereses del Estado primero en la contratación pública. Es así que el magistrado estima que la defraudación patrimonial no se mide o prueba en términos cuantificables y materiales, sino con la sola concertación, lo cual implica que se prive a



la entidad pública de optar por mejores ofertas en el proceso de negociación pública.

En el fundamento décimo primero de la casación, se infiere que una razón para establecer la naturaleza autónoma de la modalidad prevista en el segundo párrafo del artículo 384 es la propia naturaleza de la conducta típica.

Respecto a la diferencia entre el primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 384, este se desarrolla en el fundamento décimo primero cuando señalan lo siguiente:

(...) la primera conducta tipificada en el párrafo inicial de la mencionada norma penal, alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de tendencia interna trascendente (“concierta con los interesados para defraudar al Estado”). En cambio, en la segunda parte del referido artículo se regula también con precisión un delito de estructura comisiva (“mediante concertación con los interesados defraudar patrimonialmente al Estado”). No se da, pues, la simetría típica que debe existir entre un tipo penal simple y uno de tipo penal derivado agravado de aquél, tal como ocurre, por ejemplo, entre el homicidio simple (artículo ciento seis) y el homicidio calificado de asesinato (artículo ciento ocho), donde en ambos casos se regula y exige la realización de la misma conducta típica y antijurídica de “matar” (Corte Suprema, 2019, FJ. décimo primero).

En consecuencia, no se puede afirmar que sobre esta hay un tipo penal agravado, al ser la conducta punible el acuerdo defraudatorio, mientras que el segundo hace referencia a la defraudación patrimonial.

Por otra parte, los votos dirimentes fueron llevados a cabo por las juezas Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, quienes afirman que la relación entre ambas modalidades es de tipo base y agravado, argumentando que la Casación No. 661-2016 de Piura respalda dicha posición, pues en ambos tipos penales se exige la concertación como elemento normativo.

Las magistradas señalan que, en las dos modalidades de colusión, se alude a la concertación como un pacto colusorio o acuerdo ilícito entre el funcionario público y los terceros; así, denotan la terminología “*para defraudar al Estado*” y “*defraudare patrimonialmente al Estado*”, las cuales corresponden a las modalidades de colusión simple y colusión agravada, respectivamente.

#### **4. Análisis dogmático penal de la jurisprudencia y toma de postura**

El tipo penal de colusión previsto en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal es un tipo autónomo respecto del tipo penal de colusión previsto en el primer párrafo de esta disposición normativa. En consecuencia, estimamos que la posición de la Casación No. 542-2017-Lambayeque es acertada, al menos en este extremo, y la nomenclatura apropiada para

designar a estos dos tipos penales es “colusión desleal” y “colusión con posterior defraudación patrimonial”, respectivamente. Nos encontramos, entonces, frente a un supuesto de fraude de etiquetas: a pesar de que la Ley 29758 denomina agravado al tipo dispuesto en el segundo párrafo, este no tiene tal naturaleza.

##### **4.1. Sobre la naturaleza de tipos penales modificados y autónomos**

Para defender nuestra posición, en primer término, nos haremos cargo de la llamativa ubicación sistemática de estos dos tipos penales. Como ya se ha descrito, ambos tipos se encuentran dispuestos en una misma disposición normativa, ubicación que, por lo regular, es dispuesta para los tipos que tienen una relación de base y modificado. No obstante, esta regularidad no debe comprenderse como una carta de triunfo para afirmar la relación descrita, dado que es pacífico en la doctrina que la ubicación sistemática de los tipos modificados es irrelevante (Meini, 2014, p. 85). Es decir, un tipo penal agravado o atenuado puede encontrarse tanto en la misma disposición que su tipo base, en otra del código o incluso en una ley distinta. De ser así, entonces también irrelevante es la ubicación sistemática del tipo autónomo, pues esta nada nos diría sobre si debemos descartar su naturaleza modificativa o no.

Entonces, ¿qué es lo realmente relevante para determinar si un tipo penal es autónomo o modificado? Lo primero que ha de decirse es que tal calificación no puede ser comprendida en abstracto, sino que los tipos adquieren tal naturaleza en función de la relación que tienen con un tipo base (Zaffaroni, 1981, p. 261). En otras palabras, un tipo penal es autónomo o modificado de acuerdo al tipo de relación que establezca con otros.

Empecemos determinando qué relación tiene un tipo penal con otro para que se pueda afirmar la relación de tipo base y tipo modificado. De acuerdo con Meini (2014), esta relación está determinada por el vínculo denominado bien jurídico protegido (p. 84). Es decir, un tipo penal será modificado respecto de otro cuando comparten objeto de protección. No obstante, no parece ser esta una característica



excluyente de los tipos modificados. El tipo de feminicidio comparte con el de homicidio la protección al bien jurídico vida, del mismo modo que el tipo de robo se vincula al hurto por el bien jurídico patrimonio (Díaz et. al, 2019). Ambos casos poseen en común que la doctrina ha aceptado pacíficamente su autonomía respecto de sus aparentes tipos base.

Se dice también que los tipos penales modificados establecen circunstancias más o menos graves complementarias a las del tipo base, las que se denominan elementos accidentales (Meini, 2014, p. 83). Sin embargo, también parece ser esta una característica de los tipos penales autónomos, dado que la doctrina sugiere que estos también añaden elementos nuevos al tipo base, los que tienen como consecuencia la exclusión de aplicación del primero (citado en Reyes, 2016, p. 5). Respecto de estas dudas, Zaffaroni (1981) agudiza la problemática al sentenciar que los tipos modificados que agravan una conducta lo pueden hacer por afectar con mayor intensidad el bien jurídico protegido por su tipo base, pero también por afectar complementariamente otro bien jurídico (p. 262). De ser así, entonces, también es irrelevante para determinar la autonomía de un tipo penal o su naturaleza modificativa su condición de pluriofensivo.

Vayamos entonces a la cuestión más básica: ¿qué nos permite afirmar que un tipo es base y no modificado? Un tipo base es base o fundamental, dado que es el que determina “el concepto fundamental de la conducta que se sanciona” (Zaffaroni, 1981, p. 261). Todo lo que hacen los tipos modificados es, entonces, establecer nuevas circunstancias, manteniéndose así dentro de tal concepto. Un tipo adquiere autonomía cuando, por sí mismo, pueda determinar un concepto fundamental distinto al de otro tipo base.

El concepto fundamental de la conducta que se sanciona en la colusión desleal (mal llamada colusión simple) es un injusto penal que comprende estrictamente la constitución de un acuerdo colusorio dirigido a defraudar al Estado en el contexto de la contratación pública. Las circunstancias que agraven esa conducta (tal como su realización por medio de organización criminal) no constituyen un nuevo concepto de conducta. Incluso, si el acuerdo colusorio es celebrado en actividad de una organización criminal, la exigencia seguirá siendo siempre solo el acuerdo colusorio dirigido a defraudar al Estado en un contexto determinado.

Por el contrario, las circunstancias introducidas en el tipo penal de colusión con posterior defraudación patrimonial (mal llamada colusión agravada) sí constituyen un nuevo concepto fundamental de una conducta sancionada. Este concepto es un injusto penal que exige, esencialmente, una defraudación de carácter patrimonial. No se trata solamente de un cambio en el objeto material del delito. Si fuese así, el injusto de este segundo párrafo seguiría siendo el acuerdo colusorio, solo que este debería estar dirigido a defraudar patrimonialmente al Estado,

no exigir que exista una afectación patrimonial efectiva. Por tanto, es preciso afirmar que la colusión con posterior defraudación patrimonial es un tipo fundamental por ser autónomo respecto de la colusión desleal.

Es importante advertir a este término que la tesis expuesta no solo es atinada dogmáticamente y permite cerrar mayores espacios de impunidad, sino que también brinda facilidades interpretativas respecto de la disposición normativa del artículo 384 del Código Penal. En su tercer párrafo, esta disposición establece un catálogo de circunstancias agravantes específicas que, de forma literal, se encuentran previstas para ser aplicadas a ambos tipos penales de los párrafos previos. A saber:

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos **[énfasis agregado]**:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional

Dado que la posterior defraudación patrimonial tiene autonomía respecto de la colusión desleal y la tiene en tanto es un tipo base o fundamental, es fácil comprender que cada uno de estos tipos posee sus propios tipos modificados. Así las cosas, el tercer párrafo de la disposición analizada es de ágil comprensión: se trata de un conjunto de circunstancias agravantes aplicables a ambos tipos penales fundamentales. Por tanto, los auténticos tipos de colusión agravada, y los de defraudación patrimonial agravada, se encontrarán en este tercer párrafo.

#### **4.2. Sobre los bienes jurídicos protegidos**

A partir de la configuración del delito, cabe ahora desarrollar, por separado, cada



uno de los bienes jurídicos que se afectan tanto en la colusión desleal como en la colusión con posterior defraudación patrimonial. No obstante, es importante comenzar con recalcar la diferenciación de ambos tipos a partir de su autonomía, razón por la que consideramos es necesaria una reinterpretación del artículo 384 al considerarse por la doctrina como un supuesto de delito simple y agravado (en el primer y segundo párrafo respectivamente).

En primer lugar, a partir de la lectura del primer párrafo del artículo 384, observamos que el verbo rector del tipo penal es “concertar” (Abanto, 2013, p. 959); y, consecuentemente, los sujetos activo y pasivo serían el funcionario o servidor público y el Estado respectivamente. En ese sentido, con la concertación se afectaría el bien jurídico “imparcialidad” (léase, imparcialidad del funcionario o servidor público), en el marco de la afectación del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Defendemos esa posición, pues, como expusimos con anterioridad, es la que permite flanquear de mejor manera los espacios de impunidad. Exigir una naturaleza patrimonial de la defraudación objeto del acuerdo colusorio excluye de la persecución penal a un número importante de casos de relevancia social y jurídico penal que no necesariamente comprometen el erario público. Asimismo, nos encontramos convencidos que es la posición más acertada desde una interpretación literal de la disposición normativa, así como la que goza de un mejor fundamento constitucional. Ahora bien, en segundo lugar, respecto a la colusión con posterior defraudación patrimonial, el análisis amerita una exposición más pormenorizada.

De la lectura del segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, podemos concluir que, a pesar de que se mantiene la concertación como un comportamiento previo, el verbo rector es “defraudar” (Salinas, 2019, p. 348), por lo que tienen una entidad de injusto distinta. Esta estructura compleja comprende como consecuencia la composición de un delito plurifensivo, debido a que protege, además de la imparcialidad en el marco de una contratación pública, el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública<sup>(3)</sup>.

La imparcialidad o igualdad de trata a los postores, por supuesto, se mantiene como bien jurídico protegido por la colusión con posterior defraudación patrimonial. Es así, porque la acción “concertar” sigue siendo haciendo parte de la conducta típica en la norma de este segundo párrafo. Si antes la sola concertación con fines defraudatorios comprometía la imparcialidad con la que un funcionario debe representar los intereses del Estado en la contratación, no hay razón para pensar que, cuando la defraudación se concretiza, el atentado con este bien jurídico desaparece.

Así lo entiende Rojas Vargas (2021), quien expone lúcidamente que la defraudación descrita en el segundo párrafo de la disposición representa una gestión fraudulenta del patrimonio público: el agente público actúa apartándose de las exigibles expectativas de comportamiento de su cargo. Es a consecuencia de ello que perjudica los intereses del Estado (p. 531). Es decir, la conducta del sujeto activo compromete los principios con los que debe regir su actuación dada la función pública que representa; en otras palabras, atenta contra el bien jurídico institucional ya descrito *supra*.

Reviste de mayor resiliencia la aceptación de un segundo bien jurídico específico para la modalidad mal llamada agravada. Por lo regular, quienes sostienen la tesis institucionalista en relación con el bien jurídico protegido en la colusión la afirman homogéneamente para ambas modalidades. Por el contrario, opinamos fundamentalmente que la comprensión íntegra del tipo de colusión con posterior defraudación patrimonial exige la descomposición detallada de los intereses que protege.

Los intereses patrimoniales del Estado se encuentran comprometidos con la conducta típica de esta modalidad delictiva, porque así lo exige su composición. La posterior defraudación patrimonial requiere que la conducta efectuada por el agente económico ocasione un real perjuicio económico al Estado (Rojas, 2021, p. 547). Esta es una diferencia trascendental respecto de la colusión desleal. Mientras que la primera modalidad criminaliza conductas que pueden o no atentar contra las arcas del Estado, la segunda siempre exigirá tal perjuicio. Esta diferencia se traducirá en una mayor punibilidad que, por demás, solo puede ser explicada mediante la incorporación de un bien jurídico adicional.

Nótese que no afirmamos que el bien jurídico protegido por el tipo autónomo es el patrimonio público. No es así, porque, a nuestro entender, los delitos funcionariales son garantes de los principios y deberes con

(3) Principio reconocido en el Acuerdo Plenario No. 4-2005, en el que se desarrolla el bien jurídico protegido por el delito de peculado.



los que el funcionario debe representar los intereses del Estado (Pariona, 2017, p. 25). Siendo así, el patrimonio público es tan solo el objeto sobre el que recae el delito. El bien jurídico será, por tanto, el principio que tiene el funcionario público de no atentar contra los intereses patrimoniales del Estado y lo que se deduce de estos.

Como se puede apreciar, la naturaleza plurifensiva de la colusión con posterior defraudación patrimonial no enerva nuestra postura institucionalista en relación con el bien jurídico en el delito de colusión. Tal naturaleza solo se hace cargo de descomponer los principios o deberes que rigen la actividad contractual del Estado. Esto al diferenciar que la modalidad del segundo párrafo atenta tanto con el deber de imparcialidad con la que un funcionario público debe tratar a los postores, como con los intereses patrimoniales que debe cautelar dada la función que le ha sido encomendada.

#### **4.3. Sobre la naturaleza de delito de peligro y de lesión**

La discusión respecto a la relación entre la conducta de colusión y el bien jurídico ha sido encarnizada. Por un lado, según Salinas (2019), para que haya consumación del delito de colusión, se debe verificar el acuerdo entre el funcionario público y el particular; es decir, no se exige una defraudación efectiva al patrimonio estatal. De esta manera, el autor infiere que la colusión desleal es de peligro concreto y explica que “con el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro”.

Desde otro extremo, Cáceres Julca y Carrión Díaz (2011) argumentan que la colusión no debe ser entendida como delito de peligro abstracto, toda vez que el bien jurídico protegido es el patrimonio público. Así, la conducta requeriría la lesión material del erario público para su configuración. A nuestro juicio, esta posición es equivocada al partir de la premisa de que el bien jurídico protegido en la modalidad del primer párrafo es el patrimonio público, equivocación ya fundamentada en el apartado anterior.

Luego, Díaz (2016), respecto de lo mencionado por estos autores, no entiende por qué, si el bien jurídico protegido es el patrimonio, se debe inferir de forma automática que se trata de un delito de lesión. De esta manera, Díaz señala que, en cuanto a la divergencia doctrinal sobre el delito de colusión, no queda claro si este es un delito de lesión o un delito de peligro concreto; es más, tampoco le queda claro el porqué el tipo base de colusión no configura como delito de peligro abstracto, y el porqué se descarta dicha posibilidad considerando las consecuencias de los delitos de mera actividad. Lo que resalta la autora es que la jurisprudencia y la doctrina establecen automáticamente que el delito de colusión es de lesión o peligro, sin una mayor fundamentación.

Es a mérito de esta problematización que expondremos a continuación un esbozo de justificación respecto de la relación que tiene la conducta de colusión desleal y la de colusión con

posterior defraudación patrimonial con sus respectivos bienes jurídicos.

En primer término, opinamos fundadamente que la colusión desleal es un delito de peligro concreto, toda vez que el tipo penal requiere para su configuración tan solo una puesta en peligro a la imparcialidad en la actividad contractual del Estado. Esta es una característica propia de los delitos de peligro y no de los de lesión en los que se exige el menoscabo efectivo al bien jurídico protegido (Mir Puig, 2016, p. 238). Para comprender ello, regresemos a una anterior afronta interpretativa: el elemento *defraudatorio*.

¿Qué significa defraudar al Estado? Pariona (2017) tiene claro que la defraudación se realiza mediante la entrega de beneficios indebidos a un interesado. Y que, a su vez, se concretiza a través de medios e instrumentos tales como “vulnerar el procedimiento de contratación previsto en la ley, adquirir o contratar bienes, servicios u obras que no se ajustan a los requerimientos exigidos (...)” (p. 50-51), etc. Son esas conductas las que defraudan al Estado, no el propio acuerdo.

Cuando un funcionario público acuerda con un interesado diseñar las bases para concurso público a pedir de este último no defrauda aún al Estado. No obstante, tiene por finalidad hacerlo, pues el acuerdo comprende la realización de conductas que comprometerán su imparcialidad, pero conductas siempre posteriores al acuerdo en sí mismo. Son esas conductas defraudatorias las que lesionarán la imparcialidad con la que un funcionario público debe regir su representación del Estado. El acuerdo, por el contrario, solo pone en riesgo (peligro) el cumplimiento de los deberes y principios que regulan la actuación pública.

La relación expuesta entre la conducta defraudatoria y el bien jurídico específico imparcialidad en la actividad contractual del Estado no es novedosa. Rojas Vargas (2021) explica que la defraudación comprende la asunción de roles incompatibles a los intereses del Estado, violando los principios depositados en el funcionario público. Lo que significa que el momento de configuración de la conducta defraudatoria es en el que se lesiona el bien jurídico protegido y no uno anterior.



Por supuesto, no debe confundirse la postura aquí defendida con tesis restrictivas que exijan una lesión efectiva a los intereses del Estado para la persecución de conductas constitutivas de colusión desleal. Por voluntad del legislador, el mero acuerdo con fines defraudatorios es criminalizado y debe ser sancionado. El adelantamiento de la barrera de punición se justifica en el reforzado interés del Estado por perseguir los delitos contra la Administración pública. Por ello, la sola puesta en peligro en la que coloca a la imparcialidad el acuerdo colusorio es penalmente relevante y meritoria de consecuencias jurídico penales.

Ahora bien, el autor Mir Puig (2016) divide a los delitos de peligro por su relación con el bien jurídico como abstracto y concreto. Al respecto, explica lo siguiente:

Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo (sic) serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro.

(...) en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro (pp. 238-239).

Se puede colegir de lo anterior que la norma penal tipifica y sanciona aquellas conductas que hayan puesto en peligro el bien jurídico protegido y que con un juicio de objetividad se verifique dicha situación de peligro.

Según nuestro juicio, esta descripción conceptual posee como consecuencia el entendimiento de la colusión desleal (la modalidad del primer párrafo del artículo 384) como delito de peligro concreto o potencial, denominación desarrollada por nuestra jurisprudencia.

La Casación No. 661-2016-Piura, en su fundamento décimo sexto<sup>(4)</sup> explica que para encontrarnos frente a un delito de peligro potencial es necesario que la conducta tenga la posibilidad de afectar el bien jurídico. Es decir, siendo el caso de la colusión, el acuerdo tendría que estar dotado de idoneidad para lesionar la imparcialidad en la Administración Pública. Por ejemplo, aquellas contrataciones donde no se requiere un concurso o licitación pública para elegir al

mejor postor y la entidad administrativa puede elegirlo según su discrecionalidad (como la contratación directa regulado en el artículo 27 de la Ley de Contrataciones con el Estado) demuestran que no todo acuerdo entre la entidad administrativa y el particular está dirigido a lesionar el bien jurídico imparcialidad, puesto que el mismo ordenamiento permite cierta discrecionalidad a la entidad administrativa. Entonces, el requisito para la configuración del delito es que el acuerdo se dirija a defraudar al Estado, ya sea de manera patrimonial, en la ejecución del contrato o el funcionamiento de la Administración Pública, etc.

Así, en tanto el tipo penal de colusión desleal exige un fin defraudatorio en el acuerdo, nos encontramos frente a un delito de peligro potencial o concreto, al requerirse que la comisión de voluntades tenga potencialidad de lesionar el bien jurídico imparcialidad en el ámbito de contratación pública.

Continuando, en segundo término, defendemos que la colusión con posterior defraudación patrimonial es un delito de lesión.

Es un delito de lesión y no de peligro, puesto que el riesgo no permitido se realiza en un resultado típico de lesión. Esta caracterización es atribuida a los delitos de lesión y no a los de peligro, en los que el riesgo permitido solo se realiza en un resultado de puesta en peligro (Roxin, 2012, p. 123). Involucrando lo ya expuesto, la colusión con posterior defraudación patrimonial sí lesiona efectivamente los bienes jurídicos protegidos por el tipo.

La justificación detrás de esta tesis se deduce gráfilmente de lo expuesto *supra*. Mientras que la colusión desleal era un delito de peligro, en tanto la defraudación solo era en su estructura una finalidad, en la posterior defraudación patrimonial la defraudación es en su estructura el verbo rector, cuya realización es exigida para la configuración del tipo.

(4) Casación 661-2016 Piura: “(...) es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta”.



Aquí, los actos defraudatorios ya han menoscabado la imparcialidad y los intereses patrimoniales del Estado. El funcionario público ya asumió roles incompatibles a su cargo y, debido a ello, ha generado un perjuicio a los intereses que debía proteger (Salinas, 2019, p. 351). Ha actuado diseñando un expediente de contratación con el que uno de los postores obtendrá ineludiblemente la adjudicación de obra, lo que, por fin, vulneró el deber de igualdad de trato con el que debía regir su representación del Estado. A su vez, le ha generado un perjuicio económico al Estado, lo que vulneró el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales, principio que debía preservar por el cargo que le había sido confiado.

Por último, es meritorio mencionar que esta comprensión de la conducta típica y su relación con el bien jurídico protegido nos permite reafirmar nuestra tesis plurifensiva, expuesta en el apartado anterior.

Iván Meini realiza una importante precisión en la diferencia entre bien jurídico y objeto material del delito. A saber:

La lesión al bien jurídico no debe confundirse con el resultado material de los llamados «delitos de resultado» ni con la destrucción o mutación de forma del objeto material...como se ha visto el objeto material puede destruirse o mutar sin que el bien jurídico se lesioné, tal como sucede cuando el titular del bien jurídico emite su consentimiento (2014).

El aporte es relevante, en tanto permite el mejor estudio de algunos casos complejos.

El objeto material en la modalidad del segundo párrafo es el patrimonio público (las arcas del Estado), mientras que los bienes jurídicos específicos son la imparcialidad y los intereses patrimoniales del Estado. Por tanto, se darán casos en los que la mutación del objeto material no implique necesariamente la lesión al bien jurídico. Por ejemplo, el alcalde de una provincia promueve la construcción de un hospital y para el que se utiliza dinero proveniente de las arcas del Estado; sin embargo, el privado hace uso de material más económico y no recomendable para la construcción de un hospital. En este caso, se está afectando a las arcas del Estado; no obstante, solo se lesionan los bienes jurídicos cuando la buena pro fue otorgada como consecuencia de un acuerdo colusorio y cuando se incumplieron los deberes y principios que deben regir la actuación pública.

Así, si el bien jurídico imparcialidad no se ve afectado, no podrá decirse que se ha producido un delito de colusión. Del mismo modo, nos encontraremos en el ámbito de aplicación de la colusión desleal hasta que el patrimonio llegue a verse lesionado efectivamente.

#### **4.4. Consecuencias dogmático-penales de la toma de postura**

Partiendo del presupuesto de que el artículo 384 del Código Penal regula, en puridad, delitos de configuración autónoma,

debemos analizar las consecuencias que ello traería consigo. En ese sentido, abordaremos dichas consecuencias desde el ámbito de la conducta, con la consumación y la tentativa, y desde el ámbito de los sujetos que intervienen en la comisión del delito, con la complicidad.

##### **4.4.1. Repercusiones en la consumación y la tentativa delictiva**

La consumación del delito, según Bramont-Arias, surge cuando se realiza el verbo rector del tipo penal; es decir, cuando se pone en peligro o se lesionan el bien jurídico protegido (2002, p. 363). Dicha consumación puede ser de dos tipos: formal y material. La consumación formal se produce con el cumplimiento absoluto del tipo. Así, Bramont-Arias (2002) señala lo siguiente:

Generalmente, la ley indica la consumación en relación con el resultado lesivo producido; pero, sin embargo, ella admite que la consumación surja en un momento anterior, esto se da en los delitos de resultado cortado, en los delitos de peligro, etc. (p. 363).

La consumación material, por otro lado, se da en un plano posterior, con el agotamiento del delito, es decir, “cuando el sujeto logra el fin último por el que cometió el delito” (Bramont-Arias, 2002, p. 363).

Conforme a la tesis sostenida, los delitos de colusión tendrían una consumación de distinta configuración. Respecto a la colusión desleal, al ser un delito de peligro potencial, estaríamos ante una consumación formal que se produciría con la concertación entre el funcionario y los interesados. Cabe señalar que el tipo penal no exige un peligro de perjuicio patrimonial, pues no es el patrimonio público el bien jurídico que protege dicho tipo penal, sino la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Suponer lo contrario implicaría dejar espacios de impunidad para aquellos acuerdos colusorios que no cuenten con la idoneidad para afectar el patrimonio público. En esa línea, nuestra concepción del delito de colusión como delitos autónomos difiere de la Casación No. 661-2016-Piura, la cual enfatiza en la necesidad de la peligrosidad idónea de la conducta para producir el efecto de defraudar patrimonialmente al Estado.



Respecto a la colusión con posterior defraudación patrimonial, estaríamos ante una consumación material, pues esta se produciría con el agotamiento del delito. Así, al ser un delito de lesión, la conducta se vería consumada con la concertación defraudatoria que finalice en un perjuicio patrimonial al Estado.

Ahora bien, es posible que la conducta típica de esta modalidad no llegue al grado de consumación del tipo penal. En esos casos, estaríamos en el ámbito de la tentativa. Sin embargo, es preciso señalar que la tentativa es admitida únicamente en los delitos de lesión, puesto que en los delitos de peligro no se exige la realización de un daño, sino que basta con que la conducta genere un riesgo general o específico a los bienes jurídicos protegidos.

Sobre la tentativa, el artículo 16 del Código Penal establece, en su primer párrafo, que esta se produce cuando el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. En esa línea, Bramont Arias (2002) concibe a la tentativa como “la ejecución de un comportamiento (cuyo fin es consumar un delito) que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción típica” (p. 345). Mir Puig (2016), por su lado, señala que la tentativa aparece “en cuanto el autor (sujeto activo) traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva” (p. 355).

El segundo párrafo del artículo mencionado señala que el juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. Esto se sustenta en que, al no haberse llegado a consumar el ilícito penal, el desvalor debe ser menor que el de un delito consumado. En esa línea, Prado Saldarriaga (2018) señala que la aplicación de la pena con causales de disminución de punibilidad, dentro de lo cual se enmarcaría la tentativa, comprende dos operaciones, tal como se observa a continuación:

La primera se concreta al ubicar la posibilidad punitiva siempre en un punto inmediato inferior al que corresponde al límite mínimo de la penalidad cominada para el delito correspondiente. Ello debido a que dicho mínimo legal identifica el límite menor de punibilidad que fija la ley para un delito perfectamente realizado (...) así como para autor, coautor, autor mediato o partícipes punitivamente equivalentes (...).

El segundo paso a seguir implica una degradación punitiva, siempre en línea descendente, la que tendrá como único límite la proporcionalidad que acuerde el Juez luego de una lectura y valoración razonable y prudente del suceso fáctico; de sus dimensiones antijurídicas (por ejemplo, tentativa inacabada o acabada u omisión impropia); así como de los niveles de intervención de las personas implicadas (complicidad secundaria). Se trata, entonces, de aplicar una escala discrecional que el juez recorrerá a su libre pero razonable arbitrio y que debe alcanzar una justificación solvente del resultado punitivo como principal garantía de representar una pena justa (p. 267).

En esa línea, admitir la autonomía de los delitos de colusión implicaría poder señalar la posibilidad de admitir la tentativa en el delito de colusión con posterior defraudación patrimonial. Ello pues, siendo este un delito de lesión, se concibe lo siguiente:

las diversas formas de tentativa son perfectamente admisibles, ya que se trata de operaciones y negocios del Estado que se componen de una diversidad de actos en tiempo y espacio, situación que hace posible que el delito se frustré en cualquier etapa del iter criminis" (Salinas, 2019, p. 269).

El problema con ello radicaría en los efectos que dicha posibilidad traería consigo. Así, vemos que el delito de colusión con posterior defraudación patrimonial está sancionado con un mínimo legal de seis años. De esta manera, admitir la posibilidad de la comisión del ilícito en grado de tentativa, en principio, implicaría la sanción de dicha conducta con una pena inferior al mínimo legal. Este sería el caso en que, producto de la concertación entre el funcionario público y los interesados, se realizaron actos defraudatorios, los cuales no se realizaron en un concreto perjuicio económico.

Teniendo en cuenta que el delito de colusión desleal es sancionado con una pena que puede ir desde los tres hasta los seis años, podría darse el caso en que la sanción de un supuesto tentativa de colusión con posterior defraudación patrimonial llegue a ser inferior a la sanción del tipo base. Ello pues, si se aplica la sanción de la tentativa, el juez optaría como base una cifra inferior al mínimo legal, la cual podría verse incluso reducida posterior a la evaluación de las circunstancias y dimensiones del ilícito, pudiendo llegar a ser igual o inferior a la sanción del tipo base, pese a que la tentativa de por sí configura el acuerdo colusorio exigido por aquél.

Consideramos que este contradictorio, respecto de qué consecuencia jurídica debería aplicarse, se podría ver solucionado a través de la interpretación de las normas penales en juego, a la luz de los principios de elección de ley penal: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad (Mir Puig, 2016, p. 683). El principio de especialidad aboga por la aplicación del precepto concurrente que contempla más específicamente el hecho que



los demás preceptos. El principio de subsidiariedad establece la intervención de un precepto penal cuando no interviene otro precepto, caso contrario el primero se vería desplazado. El principio de consunción favorece la aplicación del precepto que contiene completamente el desvalor que el otro precepto supone, mas no por razones de mayor especificidad o por ser subsidiaria a tal precepto. Por último, y en defecto de la aplicación de los otros criterios, el principio de alternatividad establece que el precepto penal más grave excluirá a aquellos preceptos que, sancionando el mismo hecho, determinen una sanción menor.

Consideramos que este último principio sería de aplicación efectiva para solucionar la contradicción, pues permitiría que los casos de tentativa de colusión con posterior perjuicio patrimonial sean sancionados con la pena superior proporcionada por la colusión desleal. Debemos precisar, para ello, que no es problemática la expresión “sancionando el mismo hecho”, si entendemos por ello al suceso fáctico sobre el cual recaen el precepto penal y no como la mera conducta o el fundamento de cada delito. Esto se debe a que, como hemos señalado antes, la autonomía de los delitos se fundamenta en que tienen distintos conceptos fundamentales de la conducta que sancionan.

Es de aplicación este principio, y no los anteriormente mencionados, en la medida en que se advierte el defecto de los mismos para construir una interpretación ajena a penas desproporcionadas por insuficientes. El principio de alternatividad puede ser aplicado si se acredita que un mismo hecho estaría siendo sancionado por dos preceptos distintos a razón de un descuido del legislador (Mir Puig, 2016, p. 687). En el caso de estudio, este defecto encuentra su acreditación en la indebida compresión de la relación entre las dos modalidades dispuestas en el artículo 384 del Código Penal. Es este defecto el que permite la configuración de tentativa de colusión con posterior defraudación patrimonial, pese a la existencia de la colusión desleal.

Siendo ello así, en este caso, toda aquella conducta que no llegue a consumarse con el perjuicio patrimonial exigido en la colusión con posterior perjuicio patrimonial se subsumiría en un supuesto de colusión desleal del primer párrafo del artículo 384, en tanto este contaría con una pena mayor a la de la tentativa del delito de colusión con posterior perjuicio patrimonial.

#### **4.4.2. Repercusiones en la complicidad delictiva**

Adoptar una postura según la cual la colusión desleal y posterior defraudación patrimonial son tipos autónomos también tiene incidencia sobre las formas de participación en el delito. En primer lugar, hay que dejar en claro que es unánime en la doctrina penal que no se puede admitir una complicidad posterior a la consumación del delito.

Entonces, esta premisa obliga a recordar en qué momento se consuman ambos delitos. Como mencionamos, la Casación

No. 661-2016-Piura consideraba que la modalidad del segundo párrafo es una versión agravada de la del primero. Así, los actos constitutivos de delito serían únicamente la concertación con el funcionario, quedando la defraudación reducida a un mero resultado que agrava la pena. En virtud de ello, esta casación afirmó que el único cómplice en el delito de colusión puede ser el privado interesado.

No obstante, ello deja espacios de impunidad y constituye una interpretación restrictiva, desprovista de toda consideración respecto al reforzado interés público que recae en la persecución penal de estos delitos. En cambio, si se considera que ambas modalidades constituyen tipos autónomos, los cómplices podrán intervenir tanto en la concertación como en los actos de defraudación, convirtiéndose así en cómplices de colusión desleal en el primer caso y de colusión con posterior defraudación patrimonial en el segundo.

Esto permite imputar responsabilidad a personas que, caso contrario, podrían ampararse bajo una supuesta “complicidad postconsumativa” para excluir su responsabilidad. Por ejemplo, planteemos que una empresa de construcción haya concertado con un funcionario para defraudar al Estado en la construcción de una carretera. Esta defraudación deberá producirse a través de una adenda sobrevaluada que conceda mayor dinero del debido al privado. Para ello, el funcionario, haciendo uso de su cargo, contacta a un ingeniero “independiente” que certifique, de manera fraudulenta, la necesidad de suscribir dicha adenda.

Dicho ingeniero, el privado o particular, habrá actuado como cómplice de los actos de defraudación derivados de un acuerdo colusorio, lo cual constituye participación en una colusión con posterior defraudación patrimonial.

Ahora bien, esto resuelve la cuestión respecto a los privados intervenientes. Sin embargo, el problema subyace respecto a los funcionarios que participen en los actos que ocurren entre el acuerdo colusorio originario y el perjuicio patrimonial; es decir, la efectiva



afectación al patrimonio público, lo cual es un elemento constitutivo de la colusión defraudatoria.

Es el caso, por ejemplo, del funcionario que diseña los términos de contratación direccionados a favorecer una empresa, el que otorga la buena pro, o el que, fraudulentamente, certifica el cumplimiento de una obra o servicio en favor del Estado, siempre sin haber sido parte del acuerdo originario con el postor. Todos estos casos suponen un problema respecto a la imputación que debe seguirse.

Si el perjuicio llegase a producirse, existe la opción de considerarlos cómplices de colusión con posterior defraudación patrimonial, pues su intervención se habría producido con anterioridad a la consumación del delito. Sin embargo, ¿qué ocurriría en el caso contrario? Es decir, si el perjuicio al patrimonio no llega a producirse por algún motivo, si la conducta no se consuma.

Mientras que la Casación No. 661-2016-Piura sostendría que los actos del segundo funcionario público son impunes, pues no cabe tentativa de colusión agravada; la tesis de la sentencia más reciente (Casación No. 1648-2019-Moquegua) afirmaría que su conducta sería reprochable a título de complicidad de colusión agravada en tentativa.

No obstante, ya hemos dicho que, desde nuestra perspectiva, esta posición presenta problemas en cuanto a la punibilidad, porque estos recibirían una pena mucho menor que la prevista para una colusión desleal consumada, a pesar de que los actos realizados fueron más riesgosos. Los problemas se agravan al considerar que una imputación como tal (complicidad en tentativa de colusión “agravada”) implica un esfuerzo dogmático que colisiona con el principio de legalidad.

Por otro lado, tampoco podría considerárselos meros cómplices de una colusión desleal, pues se estaría vulnerando la prohibición de una complicidad postconsumativa. Es decir, si se asume que la colusión simple se entendió consumada al momento que un funcionario se concertó con un privado interesado, los demás funcionarios que realicen actos orientados a defraudar estarán interviniendo de manera posterior a la consumación.

Entonces, la posible solución, partiendo de que ambas modalidades de colusión son tipos autónomos, sería la siguiente: estos partícipes serán imputados como autores. Ello en virtud de que con cada acción orientada a defraudar al Estado en favor de un particular se estaría consumando un nuevo acuerdo colusorio. Es preciso recordar que la colusión puede darse de manera directa o indirecta. Así, al actuar de esta forma, estará surgiendo una concertación de intereses entre el privado y un nuevo funcionario, interviniendo por razón de su cargo en el proceso de contratación.

Esto es lo que Jiménez (2018) denomina “concertación por adhesión”. Este autor postula que la colusión no requiere una

concertación causal, ontológica y naturalística para ser constitutiva de un delito. Marquez Alvis (2017) se ha expresado en el mismo sentido, al afirmar que: “Este acto se prolonga en tanto no exista un acuerdo definitivo que signifique una plena manifestación de voluntad de quienes tengan competencia para ello”. (p. 159). Durante esta instancia, otros funcionarios podrían perfectamente adherirse al acuerdo sin que se produzca una suerte de complicidad post consumativa.

En otras palabras, el pacto colusorio no debe ser entendido solo como un acto de encuentro directo o intermediado entre dos o más personas, sino como un concierto de voluntades, incluso implícito, orientadas a la defraudación del Estado en el marco de una operación estatal. La consecuencia de dicha concepción es que el “acuerdo” no sería un acto que se perfecciona instantáneamente en un solo momento, sino que se puede extender en el tiempo. En tal sentido, otros funcionarios pueden explícita o implícitamente adherirse a una concertación primigenia, convirtiéndose en autores del delito de colusión desleal o de colusión defraudatoria patrimonial si es que el perjuicio económico llega a producirse.

Lo anterior evidenciaría que la Casación No. 661-2016-Piura abriría espacios de impunidad por considerar al perjuicio patrimonial como un mero agravante. Por el contrario, concebir a ambas modalidades como tipos autónomos coloca el foco sobre estas actuaciones intermedias, y permite sancionar justamente a los partícipes del delito, sean funcionarios públicos o interesados privados y sin importar la instancia en la que se dé su participación.

## 5. Conclusiones

El despliegue de la presente investigación nos ha permitido descubrir la postura más sólida respecto de la relación entre el injusto del primer párrafo del artículo 384 del Código Penal y el injusto del segundo párrafo de la misma disposición normativa: estas modalidades tienen una relación de tipos autónomos. Las ideas más importantes que orbitan alrededor de nuestra conclusión principal son las siguientes:



- a) La colusión con posterior defraudación patrimonial adquiere autonomía respecto de la colusión desleal, pues contiene un concepto fundamental de conducta incriminada distinto.
- b) La *imparcialidad en la contratación pública* es el bien jurídico protegido por la colusión desleal. Por su parte, tanto la *imparcialidad como la preservación de los intereses patrimoniales del Estado* son los bienes jurídicos protegidos por la colusión con posterior defraudación.
- c) La colusión desleal es un *delito de peligro concreto*. La colusión con posterior defraudación patrimonial, por su parte, es un *delito de lesión*.
- d) La concertación de funcionario público e interesado con realización de actos defraudatorios y sin un concreto perjuicio económico al Estado se subsume en la modalidad *consumada* de colusión desleal del primer párrafo del Art. 384 CP. La subsunción en la modalidad de colusión con posterior defraudación patrimonial en fase de *tentativa* es superada en aplicación del *principio de alternatividad* del concurso de delitos.
- e) Los funcionarios que participan en los actos entre un acuerdo colusorio y un perjuicio patrimonial deben ser sindicados como *autores de colusión desleal*. A saber: La concertación puede, en ciertos casos, extenderse en el tiempo, de tal manera que otros funcionarios distintos al original se pueden *adherir* al acuerdo colusorio posteriormente.

Estamos convencidos de que las conclusiones aquí expuestas se traducen en una importante oportunidad para profundizar un debate jurisprudencial profundo y extenso. Esperamos con optimismo coadyuve también al mejor entendimiento de las modalidades de colusión y la naturaleza de estas.

## Referencias Bibliográficas

- Abanto, M. (2003). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores.
- Abanto, M. (2013). *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Editora Jurídica Grijley.
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. (2<sup>a</sup> ed.). Editorial San Marcos.
- Cáceres, R., & Carrión, J. (2011). *El delito de colusión*. IDEMSA.
- Casación No. 661-2016-Piura (2017, 11 de julio). Corte Suprema de Justicia de la República. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf)
- Casación No. 542-2017-Lambayeque (2019, 3 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-542-2017-Lambayeque-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-542-2017-Lambayeque-Legis.pe_.pdf)

Casación No. 1648-2019-Moquegua (2021, 31 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República. [https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Casaci%C3%B3n-20N%C2%BA1648-2019-MOQUEGUA\\_LALEY.pdf](https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Casaci%C3%B3n-20N%C2%BA1648-2019-MOQUEGUA_LALEY.pdf)

Chanjan, R et al. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. IDEHPUCP.

Defensoría del Pueblo (2017). *Radiografía de la corrupción en el Perú*. Reporte de la corrupción N° 1. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>

Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Repositorio documental de la Universidad de Salamanca. <https://gredos.usal.es/handle/10366/131865>

Díaz, I., Rodríguez, J., & Valega, C. (2019). *Feminicidio, interpretación de un delito de violencia basada en género*. Fondo Editorial PUCP.

Expediente No. 00017-2011-AI/TC (2012, 3 de mayo). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Guimaraes, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. Boletín Anticorrupción, N° 7. [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruption/boletin/octubre\\_2011\\_n07.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorruption/boletin/octubre_2011_n07.pdf)

Jiménez, S. (2018). ¿Qué es concertarse? A propósito del tipo del delito de colusión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte general*. Fondo Editorial PUCP.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal: Parte General* (10.<sup>a</sup> ed.). Editorial Reppert.

Montoya, Y. (2015). *Manual de delitos contra la administración pública* (1<sup>a</sup> ed.). IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%A1blica.pdf>

Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.

Prado, V. (2018). Criterios prácticos para la dosimetría del castigo penal. En V. R. Prado Saldarriaga (Ed.), *La dosimetría del castigo penal*. Ideas Solución Editorial S.A.C.

Recurso de Nulidad No. 1105-2011-Ica (2012, 22 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.

Recurso de Nulidad No. 341-2015-Lima (2015, 4 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República.



- Reyes, C. (03 de noviembre de 2016). ¿Feminicidio, un tipo penal autónomo? *Revista virtual "Renacer Jurídico" Programa de Derecho "FUP"*. <https://fup.edu.co/wp-content/uploads/2017/11/%C2%BF%CC%81normo.pdf>
- Rojas, F. (2009). *Apuntes sobre delitos contra la administración pública. Pautas para diferenciar la responsabilidad penal de la administrativa funcional*. Contraloría General de la República. [https://enc-ticketing.org/UIGC/biblioteca/libros\\_virtuales/apuntes\\_sobre\\_delitos\\_contra\\_administracion\\_publica.pdf](https://enc-ticketing.org/UIGC/biblioteca/libros_virtuales/apuntes_sobre_delitos_contra_administracion_publica.pdf)
- Rojas, F (2021). *Delitos contra la Administración Pública* (5<sup>a</sup> ed.). Editora Jurídica GriJley.
- Roxin, C (2012). El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, (4), 1-25.
- Salinas, R. (2019). *Delitos Contra La Administración Pública* (5.<sup>a</sup> ed.). IUSTITIA.
- Silva, J (2008). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial B de F.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III*. EDIAR. [https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado\\_De\\_Derecho\\_Penal\\_-\\_Parte\\_General-III.pdf](https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado_De_Derecho_Penal_-_Parte_General-III.pdf)



# Cuando el Estado te llama: Calidad en los servicios de Cuidado en la primera infancia en la pandemia. Caso del programa JUNTOS<sup>(\*)</sup>

*When the State calls you: Quality in early childhood care services in the Pandemic. Case of the JUNTOS program*

**Patricia Balbuena Palacios<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** En el Perú, la pandemia del COVID-19 ha generado impactos en diversas dimensiones del desarrollo humano y del país. Si bien es cierto los niños y niñas no se han visto afectados en cuanto a la mortalidad, se evidencia un impacto negativo a corto y largo plazo sobre su desarrollo. En ese sentido, en el Perú la atención oportuna y de calidad a través del acceso al paquete integrado de servicios del Ministerio de Salud se vio severamente afectada, reduciendo su cobertura y generando escenarios de riesgo para el desarrollo físico, emocional y mental de los niños y niñas en el futuro. Ante este contexto, el Estado impulsó intervenciones temporales a través del Decreto de Urgencia 095-2020, entre ellas intervenciones dirigidas al desarrollo infantil temprano a cargo del Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres “JUNTOS”. Este artículo tiene como objetivo examinar la implementación de dichas intervenciones por parte de “JUNTOS”, analizar los desafíos y resultados alcanzados, así como proponer hipótesis de trabajo para la investigación. Se propone explicar el éxito de la implementación a través de: i) la innovación ante los desafíos de implementación; ii) la relevancia de la coordinación intersectorial; y, iii) mejorar la calidad de los servicios públicos a través de mecanismos universales de afiliación y acompañamiento a las familias.

**Palabras clave:** Políticas Públicas - COVID-19 - Desarrollo infantil temprano - Programas sociales - Perú

**Abstract:** In Peru, the COVID-19 pandemic has had an impact on various dimensions of human and national development. While it is true that children have not been affected in terms of mortality, there is evidence of a negative impact on their development in the short and long term. In this sense, in Peru, timely and quality care through access to the integrated package of services of the Ministry of Health was severely affected, reducing its coverage and generating risk scenarios for the physical, emotional and mental development of children in the future. In this context, the State promoted temporary interventions through Emergency Decree 095-2020, including interventions aimed at early childhood development through the National Program of Direct Support to the Poorest “JUNTOS”. This article aims to examine the implementation of these interventions by “JUNTOS”, analyze the challenges and results achieved, and propose working hypotheses for research. It proposes to explain the success of the implementation

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de noviembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 7 de diciembre de 2022.

(\*\*) Ex Ministra de Cultura de la República del Perú. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster en Políticas Sociales con mención en Género, Población y Desarrollo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidata a doctora en Antropología por la UNMSM. Se ha desempeñado como especialista en programas sociales y acceso a la justicia responsable. Ha sido viceministra de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, jefa del Programa Nacional Cuna Más y viceministra de prestaciones sociales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4892-2966>. Correo electrónico: balbuena.pj@pucp.pe.



through: i) innovation in the face of implementation challenges; ii) the relevance of intersectoral coordination; and, iii) improving the quality of public services through universal mechanisms of affiliation and accompaniment to families.

**Keywords:** Public Policies - COVID-19 - Early Childhood Development - Social programs - Peru

## 1. Introducción

En el Perú, la pandemia del COVID-19 ha generado impactos en diversas dimensiones del desarrollo humano y del país. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2021) la pobreza en el Perú se incrementó entre el 2019 y el 2020 en 9.9 puntos porcentuales, afectando a un 30.1% de la población. Si bien es cierto los niños y niñas no se han visto afectados en cuanto a la mortalidad, se evidencia un impacto negativo a corto y largo plazo sobre su desarrollo. Sobre todo, teniendo en cuenta que el Desarrollo Infantil Temprano (DIT) es clave para el desarrollo humano ya que constituye una ventana de oportunidad única para el logro de capacidades en la adolescencia y la adultez.

En ese sentido, en el Perú la atención oportuna y de calidad a través del acceso al paquete integrado de servicios del Ministerio de Salud se vio afectada durante la emergencia sanitaria, por lo que a través de un proceso de negociación entre diferentes sectores se promulgó el Decreto de Urgencia 095-2020 que dictó medidas extraordinarias y temporales para el diseño e implementación de intervenciones temporales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social para el año 2020 frente a la pandemia del COVID-19, entre ellas, intervenciones dirigidas al desarrollo infantil temprano a cargo del Programa JUNTOS.

Este artículo tiene como objetivo examinar la implementación de dichas intervenciones de emergencia por parte del Programa JUNTOS, analizar los desafíos y resultados alcanzados, así como proponer hipótesis de trabajo para la investigación. En ese sentido, se propone adecuar los servicios para los niños y niñas a los implementados durante el COVID-19 a través de la mejora en el acompañamiento familiar, la voluntad, liderazgo y fortaleza técnica de los burócratas.

Para ello, el trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera. Primero, se analiza el marco de las políticas públicas para la primera infancia en el Perú, es decir, el avance sobre el tema desde la creación del MIDIS hasta la actualidad. En segundo lugar, se describe el impacto del COVID-19 en la primera infancia a través de cifras sobre evidencia epidemiológica a largo plazo, enfermedades relacionadas y de los problemas que generan en la atención primaria de los servicios de salud. En tercer lugar, se analiza el modelo para la gestión de la calidad en los servicios públicos de

cuidado a la primera infancia descrita en la Política Nacional de Modernización de la Gestión Públicas. En cuarto lugar, y a partir del COVID-19, se examina las respuestas desde los programas sociales: la intervención "Apoyo temporal para el fortalecimiento del desarrollo infantil". Es especial, se estudia el programa "Juntos" y su respuesta en el apoyo temporal durante la emergencia sanitaria. Por último, y en relación a lo anterior, se plantea las siguientes hipótesis de trabajo para el análisis en el éxito de la implementación de la intervención temporal de juntos: i) la innovación ante los desafíos de implementación, ii) la relevancia de la coordinación intersectorial y iii) la mejorara de la calidad de servicios públicos a través de mecanismos universales de afiliación y acompañamiento a las familias.

## 2. Marco de políticas públicas para la primera infancia en el Perú

El desarrollo infantil temprano (en adelante, "DIT") es:

Un proceso progresivo, multidimensional, integral y oportuno que se traduce en la construcción de capacidades cada vez más complejas, que permiten a la niña y niño ser competentes a partir de sus potencialidades para lograr una mayor autonomía en interacción con su entorno en pleno ejercicio de sus derechos (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2016).

Este proceso requiere del desarrollo de distintos dominios a nivel físico, emocional, cognitivo y social, y de la interacción continua entre la predisposición genética y el entorno social y físico del niño o niña.

El DIT es clave para el desarrollo humano, pues la primera infancia (comprendida desde la gestación hasta los 5 años) constituye una ventana de oportunidad única para el logro de capacidades en la adolescencia y la adultez. La evidencia científica sugiere que la arquitectura cerebral del individuo en los primeros años de vida posee "plasticidad" que se va perdiendo con los años, y que permite el desarrollo de habilidades cognitivas y no cognitivas determinantes para logros en la salud, aprendizaje, ingresos



y comportamientos (Heckman, 2007; Fogel, 2003; Gluckman y Hanson, 2005).

En ese sentido, la primera infancia requiere de políticas públicas orientadas a prevenir y atender los problemas que se sitúan en ella, pues es determinante para el desarrollo de las personas. En el Perú, la intervención actual para el desarrollo infantil temprano tuvo como hito clave la creación del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (en adelante, "MIDIS")<sup>(1)</sup>. Si bien el MIDIS tiene como ámbito de competencia el desarrollo social, la superación de la pobreza y la protección social de poblaciones en situación de riesgo, vulnerabilidad y abandono (Art. 4, Ley 29792), la prioridad de la política social tras su creación permitió el posicionamiento de la primera infancia como prioridad de política de Estado.

En el 2013, mediante Decreto Supremo 008-2013-MIDIS se aprobó la Estrategia Nacional de Desarrollo e Inclusión Social "Incluir para Crecer", elevada a rango de Política Nacional de Desarrollo e Inclusión Social mediante la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 003-2016-MIDIS. Esta estrategia definió resultados prioritarios de inclusión social para el país en función de cinco (05) ejes estratégicos con un enfoque de ciclo de vida en atención a las necesidades específicas de cada etapa del desarrollo humano. El primer y segundo hace alusión a condiciones de la primera infancia: "Nutrición Infantil" y "Desarrollo Infantil Temprano (DIT)".

La prioridad política que tuvo el MIDIS desde su gestación permitió el reclutamiento de profesionales altamente especializados y con experiencia gubernamental, lo que permitió que desarrollaran en poco tiempo herramientas y programas sociales de alta calidad. El equipo partió de un reconocimiento de los avances y la agenda pendiente en materia social, para a partir de ella identificar una agenda de trabajo que priorizara resultados en base a los problemas críticos que afectan a la población. La alta dirección del MIDIS incidió sobre la necesidad de abordar el desarrollo infantil de una manera más holística y destinar recursos específicos a las intervenciones. Asimismo, se tomaron decisiones que solo pudieron hacerse con el respaldo político del presidente de la República.

Aprobada la Estrategia "Incluir para crecer", era necesario definir instrumentos que permitan su implementación. Uno de estos fue la creación del Fondo de Estímulo al Desempeño y Logro de Resultados Sociales (en adelante, "FED")<sup>(2)</sup>, un

mecanismo de incentivos para el logro de resultados que permitió que los gobiernos regionales reciban recursos adicionales en función del cumplimiento de compromisos relacionados a la primera infancia (Cordero, Luna y Salhuana, 2021, p. 9). En palabras de Cordero, Luna y Salhuana (2021):

El FED introdujo además en su operatividad el concepto de "paquete integrado" de servicios o intervenciones, mediante el cual se exige el cumplimiento de metas de coberturas no de productos individuales, sino en paquete, como un todo. De este modo se fuerza a visibilizar y lograr todas las metas de servicios (2021, p. 9).

En el 2015, el MIDIS creó mediante Resolución Suprema 0002-2015-MIDIS, el "Sello Municipal INCLUIR PARA CRECER, Gestión local para las personas", con el objetivo de incentivar a los gobiernos locales, mediante el reconocimiento público no monetario, al cumplimiento de indicadores de la Estrategia, especialmente aquellos vinculados al desarrollo infantil temprano (Cordero, Luna y Salhuana, 2021, p. 9). Este instrumento de política pública destaca su importancia por mejorar la articulación intergubernamental e intersectorial entre el MIDIS, las entidades públicas y los gobiernos locales, en cumplimiento de las intervenciones e indicadores establecidos (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2021).

En julio del 2016, mediante Decreto Supremo 010-2016-MIDIS, se aprobaron los Lineamientos "Primero la Infancia". No obstante, su formulación inició en diciembre del 2013 con la creación de una Comisión Multisectorial al más alto nivel para proponerlos<sup>(3)</sup>, y culminó el 2014, publicándose dos años después y dejando la responsabilidad de implementación al siguiente gobierno (Cordero, Luna y Salhuana, 2021). En los lineamientos se identifican siete resultados<sup>(4)</sup> clave para alinear la intervención

(1) Creado el 19 de octubre de 2011 mediante Ley 29792 - Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

(2) El FED fue creado en diciembre del 2013, mediante la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

(3) Creada mediante la Resolución Suprema 413-2013-PCM.

(4) Estos son: (i) bajo peso (menos de 2,500 gramos) y prematuridad (antes de las 37 semanas) del recién nacido; (ii) apego seguro del niño o niña menor de 12 meses; (iii) desnutrición crónica hasta los 24 meses de edad; (iv) camina solo hasta los 18 meses; (v) comunicación verbal efectiva hasta los 36 meses; (vi) regulación de emociones y comportamientos entre los 24 y 60 meses; y, (vii) función simbólica entre los 24 y 60 meses.



del Estado sobre los factores que se tiene que incidir para el DIT. Estos resultados cuentan con indicadores de resultado para su monitoreo, para los cuales se añadió un módulo en la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES), con el objetivo de recoger la información de forma periódica. Asimismo, cada resultado identifica intervenciones efectivas basadas en evidencia.

Para la implementación adecuada de los lineamientos, era crucial optimizar dos dimensiones que garanticen el éxito de la intervención: articulación y presupuesto. Por un lado, se aprobó mediante Decreto Supremo 03-2019-MIDIS la Estrategia de Gestión Territorial “Primer la Infancia”, con el propósito de efectivizar el acceso al paquete integrado de servicios a través de la gestión territorial articulada de las entidades de los tres niveles de gobierno. Esta estrategia definió instancias y herramientas de articulación, tales como la sectorización y el seguimiento individualizado utilizando el padrón nominal. Asimismo, el financiamiento de las intervenciones respondía a los programas presupuestales sectoriales existentes y el presupuesto institucionales de las instituciones involucradas (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2019).

Si bien las entidades involucradas ya tenían asignaciones presupuestales para servicios orientados al DIT, los lineamientos plantearon la necesidad de un proceso decisional presupuestal para asegurar el financiamiento de las nuevas intervenciones y expandir el de las ya existentes (Cordero, Luna y Salhuana, 2021, pp. 13-15). En este escenario, mediante la Resolución Suprema 023-2019-EF se aprobó el Programa Presupuestal orientado a Resultados para el DIT (PPoR-DIT), la cual se trata de una decisión de política pública al más alto nivel que involucró a 10 viceministerios de 9 ministerios, la secretaría de la Presidencia del Consejo de Ministros y la secretaría técnica de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas. Cabe resaltar que la elaboración de un programa presupuestal orientado a resultados constituye una innovación en la gestión pública que orienta el presupuesto a resultados en favor de la población, basado en evidencia, y que rompe con la mirada sectorial sobre las condiciones de interés en la población, de los programas presupuestales existentes.

Finalmente, en el 2021, mediante Decreto Supremo 008-2021-MIMP se aprobó la Política Nacional Multisectorial para las Niñas, Niños y Adolescentes al 2030 (en adelante, “PNMNNA”), que aborda el problema público del limitado ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes. La PNMNNA establece cinco objetivos prioritarios y, a su vez, 22 lineamientos y 47 servicios que se implementarán por los diversos sectores participantes. No obstante, esta política

nacional no guarda consistencia con los instrumentos de política mencionados anteriormente, pues no toma en cuenta los 7 resultados ni las intervenciones prioritarias basadas en evidencia identificadas, a pesar de que el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social refrendó la aprobación de la misma.

### **3. Impacto del COVID en la primera infancia en el Perú**

Debido a las buenas prácticas y la implementación efectiva de algunas de las intervenciones mencionadas anteriormente, la situación de la primera infancia ha mejorado a lo largo de los años<sup>(5)</sup>; sin embargo, aún existen diversos retos que afectan negativamente el desarrollo infantil temprano. De acuerdo con la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, en el 2019, el 12.2 % de niños a nivel nacional menores de 60 meses tienen desnutrición crónica (ENDES, 2019). La prevalencia de la anemia entre los menores de 6 a 35 meses de edad es de 40.1% (ENDES, 2019). Solo el 58.9% de los niños entre 24 y 36 meses logran una comunicación verbal efectiva, y solo el 48.4% entre 9 y 12 meses tienen una adecuada interacción madre-hijo como precursora del apego (ENDES, 2018).

El contexto de emergencia sanitaria a causa de la COVID-19 también tuvo un impacto negativo sobre la primera infancia. Si bien es cierto el impacto de la enfermedad generada por la COVID-19 evidenció mayor mortalidad en la población adulta mayor, la pandemia viene generando un impacto negativo a corto y largo plazo en el desarrollo físico, emocional y mental de los niños y niñas (Hincapié et al., 2020). Por ejemplo, un estudio retrospectivo de Fan et al. (2020) proporciona evidencia epidemiológica sobre los efectos de la pandemia largo plazo en el desarrollo infantil, particularmente en hitos de desarrollo retrasados y bajo peso al nacer, sobre todo en entornos de mayor vulnerabilidad. En el corto plazo, estudios señalan también efectos del COVID-19, de enfermedades relacionadas y de los problemas que se generan en la

(5) Se resalta por ejemplo la intervención de presupuesto por resultados sobre la desnutrición crónica infantil (DCI), que en menos de diez años logró reducir la DCI de 28% en el 2008 a 13% en el 2016 (Marini et al., 2017).



atención primaria de los servicios de salud para responder a la pandemia, tales como retrasos en la atención médica, capacidad resolutiva, suministro de medicamentos, servicios de prevención, entre otros (Yoshikawa et al., 2020).

Al respecto, los hogares peruanos de poblaciones vulnerables, tales como niños y niñas menores de 24 meses han sido afectados, sobre todo en entornos de pobreza y pobreza extrema. Cabe resaltar que las proyecciones distritales de incremento de la pobreza en el Perú como consecuencia de la crisis generada por el COVID-19, señalan que, de agosto a diciembre 2020, 319 mil 276 hogares regresaron a la pobreza como consecuencia de la caída de los ingresos derivada de la pandemia, incrementando casi 10 puntos porcentuales la pobreza monetaria de 20.2% a 30.1% (Banco Mundial, 2020; ENAHO, 2020).

En esta situación de precariedad, se estima que los indicadores de resultado del desarrollo infantil temprano se verán afectados en el largo plazo y, como mencionamos anteriormente, entre otras razones, por la capacidad del sistema de salud que no permitió la entrega regular de los servicios e intervenciones. El cierre de las redes de salud primaria, de las oficinas del Registro Civil, de los Centros de cuidado infantil y visitas domiciliarias a cargo de los Ministerios de Educación y Desarrollo e Inclusión social, limitaban el acceso al paquete de servicios para la gestante y niños y niñas menores de 12 meses. Al respecto, la situación de las niñas y niños menores de un año que reciben el paquete completo de servicios entre el 2019 y 2020, evidencia una caída tras el inicio de la inmovilización social a causa de la pandemia.

**Ilustración 1.** Porcentaje de niñas y niños afiliados al SIS que recibieron el paquete completo de servicios



Fuente: Seguro Integral de Salud 2019-2020

Elaboración: Dirección General de Seguimiento y Evaluación, Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

Según los datos del Seguro Integral de Salud (en adelante, "SIS"), el porcentaje de niñas y niños afiliados al SIS que recibieron el paquete completo de servicios<sup>(6)</sup> cayó en 28.9 puntos porcentuales entre marzo y diciembre de 2020. Esta caída fue mayor en el porcentaje de niñas y niños con Control de Crecimiento y Desarrollo (en adelante, "CRED") de acuerdo a la edad, donde se registra una caída de 40 puntos porcentuales. En lo que respecta a la proporción de niñas y niños con suplementación de hierro cayó en 29 puntos porcentuales, la proporción de niñas y niños con vacuna de neumococo y rotavirus disminuyó en 22 puntos; y en las niñas y niños de 6 a 8 meses de edad con prueba de hemoglobina se registró una caída de 15 puntos porcentuales.

#### 4. Calidad en los servicios públicos de cuidado a la primera infancia

La Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública reconoce que los/as ciudadanos/as demandan un Estado Moderno, al servicio de las personas, lo cual implica una transformación de sus enfoques y prácticas de gestión para brindar servicios de calidad orientados a la generación de valor público. La calidad de los servicios está en función de la capacidad que tiene el Estado de satisfacer las necesidades y expectativas de las personas. En ese sentido, la norma técnica establece el Modelo para la Gestión de la Calidad de Servicios para que las entidades públicas adopten acciones que les permitan mejorar la calidad en la provisión de los servicios que brindan a las personas.

La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros ha venido desarrollando un modelo para la Gestión de la Calidad de Servicios. Este se estructura en componentes orientados a repercutir en aquello que las personas valoran. Estos componentes son: (i) Conocer las necesidades y expectativas de las

(6) Esto incluye Control de Crecimiento y Desarrollo (CRED) completo según edad, vacunas de neumococo y rotavirus, suplementación con hierro y dosaje de hemoglobina oportuno (de 6 a 8 meses).



personas; (ii) Identificar el valor del servicio; (iii) Fortalecer el servicio; (iv) Medir y analizar la calidad del servicio; (v), Liderazgo y compromiso de la Alta Dirección y (vi) Cultura de calidad, estos dos últimos como elementos transversales a fin de promover la mejora de los servicios.

La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros emitió la Norma Técnica para la Gestión de la Calidad de Servicios en el Sector Público<sup>(7)</sup> que desarrolla un concepto relevante: el de los conductores *que impactan en la satisfacción de las personas*. Los conductores son definidos como aquellos atributos medibles que se encuentran presentes en la provisión de los servicios que impactan de manera directa en la satisfacción de las necesidades y expectativas de las personas. Entre estos conductores se proponen:

- *Trato profesional durante la atención.* Referido a las acciones que realiza el/la servidor/a civil y la actitud que manifiesta al momento de brindar los servicios, a través de los diferentes canales de atención con los que cuenta la entidad. Comprende el profesionalismo, empatía, respeto, igualdad en el trato con la persona al prestar los servicios, conocimiento, entre otros.
- *Información.* Referido a la capacidad de brindar información de manera sencilla, precisa, clara, veraz y oportuna.
- *Tiempo de provisión.* Se refiere al periodo que le toma a la persona recibir los servicios brindados por la entidad, es decir, desde que la persona espera a ser atendida por alguno de los diferentes canales hasta obtener el resultado de la gestión.
- *Resultado de la gestión/entrega.* Se refiere a la capacidad que tiene la entidad de brindar los servicios de la forma correcta, desde que se tiene el primer contacto con la persona hasta su entrega. Depende de la aplicación oportuna y eficiente de los procedimientos y normativa vigente, así como el costo razonable que se asume por los servicios recibidos.
- *Accesibilidad.* Referido a la facilidad que tienen las personas para acceder a los servicios brindados a través de los diferentes canales de atención con que cuenta la entidad pública.
- *Confianza.* Se refiere a la legitimidad que la entidad pública genera ante las personas. Este conductor puede verse afectado de suscitarse algún aspecto o incidente dado sin justificación alguna o que altere el resultado de la gestión o del servicio demandado.

Estos conductores son los que podemos reconocer como incorporados en la propuesta del Programa Juntos frente a la pandemia, y que son experiencias concretas de como se

pueden incorporar innovaciones a modelos de transferencia condicionadas con muchos años de implementación. La identificación de que para la accesibilidad a servicios como los de salud para la primera infancia deben darse ciertas condiciones que garanticen que las familias puedan acudir a los Centros de salud y cómo garantizar que las familias puedan ejercer su derecho como usuarios y demandar el registro de la información que permite tener información nominal (de manera individual con el DNI) de si se recibió o no la prestación en salud que le correspondía.

## 5. Respuestas desde los programas sociales: la intervención “Apoyo Temporal para el fortalecimiento del Desarrollo Infantil”

En este escenario, en junio del 2020 se tenía claridad de los estragos al corto y largo plazo que la pandemia estaba trayendo para los niños y niñas, así como para las gestantes. Ante ello, el MIDIS inició un proceso de negociaciones con el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para proponer una serie de intervenciones que permitieran mitigar el impacto del virus y se garantizara no cortar la cadena de acceso a estos servicios esenciales.

Este proceso de negociaciones concluyó con la promulgación del Decreto de Urgencia 095-2020 “Decreto de urgencia que aprueba intervenciones temporales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social para el año 2020 frente a la pandemia del Covid-19”. Dicho decreto tiene el objetivo de mitigar los efectos de la pandemia sobre el desarrollo infantil temprano y el incremento de la pobreza a nivel nacional, promoviendo entre sus intervenciones el acceso al paquete básico de servicios de salud para menores de 24 meses en situación de pobreza. Esto en el marco del paquete integrado de intervenciones para el desarrollo infantil temprano de las políticas públicas e instrumentos vigentes.

(7) Aprobada con Resolución de SGP 006-2019-PCM/SGP y modificada con la RSGP 007-2019-PCM/SGP. Esta fue suspendida para su implementación por 120 días hábiles y luego tenemos la Norma Técnica 001-2022-PCM-SGP, aprobada a través de la Resolución de SGP 011-2022-PCM/SGP.



El Decreto de Urgencia estableció lo siguiente:

Artículo 1: Las intervenciones temporales buscan adecuar la implementación de determinados programas nacionales al contexto de emergencia sanitaria; implementar estrategias territoriales específicas. Las intervenciones temporales son las siguientes: 1) Intervención Temporal para la Primera Infancia, 2) Apoyo Temporal para el fortalecimiento del Desarrollo Infantil, 3) Intervención Temporal de Apoyo al desarrollo productivo de los hogares rurales con economía de subsistencia, y 4) Continuidad de la Red de Soporte para la persona adulta mayor con alto riesgo y la persona con discapacidad severa.

Las dos intervenciones ligadas a la primera infancia eran encargadas al Programa Nacional Cuna Más y al Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres "JUNTOS" (en adelante, "JUNTOS"). Al Programa Cuna Más se le encargó ampliar la cobertura de las visitas domiciliarias a los hogares con niños y niñas menores de 12 meses, en un ámbito de 690 distritos focalizados, donde ya se tenía intervenciones en desarrollo y podía expandir sus servicios a un radio más amplio a nivel de centros poblados. La meta que se señala en el Decreto de Urgencia es de 76,747 niños y niñas menores de 12 meses.

Al programa JUNTOS se le encargó implementar el "Apoyo Temporal para el fortalecimiento del Desarrollo Infantil", a favor de 442,618 hogares<sup>(8)</sup> con niñas y niños nacidos durante la vigencia del presente Decreto de Urgencia que residen en 1,594 distritos de las 25 regiones, incluida la Provincia Constitucional del Callao, que cuentan con 15% a más de pobreza monetaria, según el mapa de pobreza del 2018, que no se encuentren afiliados al programa JUNTOS. Esto implicaba transferir una partida bimensual de 200 nuevos soles a los hogares, condicionado al cumplimiento de corresponsabilidades en vacunación y suplementación de hierro a favor de sus niños y niñas.

Este paquete de intervenciones diseñadas en el marco de la emergencia se caracteriza por ser temporales y excepcionales; es decir, son respuestas urgentes con un tiempo limitado de vigencia, a diferencia de una intervención normal a ser ejecutada por un programa social. Las intervenciones implicaban adecuar la implementación de los programas a una temporalidad y ámbito geográfico determinado. Esta adecuación implicaba no crear servicios nuevos, sino entregar los ya existentes y ajustarlos para que respondan a este nuevo contexto.

## **6. El Programa Nacional "JUNTOS" ante el "Apoyo Temporal para el fortalecimiento del Desarrollo Infantil"**

El Programa Nacional JUNTOS nació el 07 de abril de 2005 mediante el Decreto Supremo 032-2005-PCM como parte de la

ola de programas de transferencias condicionadas que se expandió en toda América Latina en la búsqueda de invertir en el capital humano y romper los ciclos de pobreza intergeneracional. El Programa busca promover la formación de capital humano dentro de los hogares en situación de pobreza extrema, en un marco de corresponsabilidades. Para lograr sus objetivos, JUNTOS entrega 200 soles bimestrales a hogares en situación de pobreza o pobreza extrema (según clasificación del Sistema de Focalización de Hogares - SISFOH) a cambio de que los miembros del hogar cumplan una serie de corresponsabilidades, que incluye la asistencia a controles prenatales en el caso de gestantes, la asistencia a controles CRED y vacunación en el caso de los menores de 3 años y la asistencia escolar primaria y secundaria para niños entre 6 a 19 años.

JUNTOS habría incrementado el gasto mensual per cápita entre 6 a 9%, lo que es equivalente a un aumento en S/.9.2 y el gasto mensual de alimentos, educación y salud se incrementó entre 7.7 % a 11 % (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2017). Los resultados de la evaluación de impacto del 2017 concordaron con la evidencia empírica nacional e internacional en la dimensión monetaria -reducción de pobreza- y en el uso de servicios sociales, pero no se logró movilizar cambios en variables de capital humano de más largo plazo como control prenatal, incremento de asistencia de niños y niñas al CRED o reducción de desnutrición crónica (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, 2017).

Otra de las críticas era el egreso de los hogares del programa. Si bien podía incluir a todos los niños y niñas del hogar objetivo, el incentivo es fijo, sea un niño o más, se permite estar afiliado al Programa hasta que el último cumpla los 18 años de edad. Finalmente, el monto de S/ 100 nuevos soles mensual no ha cambiado en los 16 años<sup>(9)</sup> pese a las variaciones en el valor de la canasta básica, así como nunca se establecieron montos diferenciados entre regiones, teniendo por ejemplo muy pocos incentivos para las familias en las zonas amazónicas por

(8) Que no contaran con registro en planilla pública o privada, según el Registro Nacional de Hogares (RNH).

(9) El valor S/ 100 de 2005 = S/ 67 a inicio de 2020. (Con Índice de Precios al Consumidor según Banco Central).



los costos del transporte para ir a cobrar la transferencia o movilizarse para cumplir con las corresponsabilidades.

Los programas sociales son siempre instrumentos vinculados al objetivo de una política no solo sectorial, sino multisectorial, pero si ese vínculo se debilita por el rector de la política entonces la herramienta entra a una fase de “sueño congelado”, donde funciona más por temores políticos a cerrarlos o por el poco tiempo de las autoridades políticas para rediseñarlos. Esto sucedió con JUNTOS, que dejó de ser destacado dentro de los programas sociales a mantenerse en operación sin un rumbo de transformación.

## 7. La puesta en marcha de la implementación de la intervención temporal de JUNTOS

El Programa Nacional Juntos antes de la pandemia solo atendía a 38,946 hogares con niños y niñas menores de 1 año. Tras asumir la meta de intervenir temporalmente a favor de 442,618 hogares, requirió diseñar una operación de campo de una escala nacional y con una variante: el peso de lo urbano en los nuevos hogares. JUNTOS como programa tenía su experticia en el mundo rural, dado que el criterio de focalización territorial regular los llevaba a distritos con más de 40% de pobreza, las zonas urbanas quedaron fuera por muchos años del programa. Los 442,618 niños y niñas que había que atender estaban en entornos urbanos, siendo la primera tarea del diseño identificar las reglas del programa necesarias para su adecuación. Esto implicó innovar en los procesos tradicionales del programa y en sostener un escalamiento geométrico en tres meses de afiliación.

En ese sentido, el 20 de agosto del 2020, el Programa Nacional Juntos publicó el Decreto Supremo 010-2020-MIDIS que aprueba los “Lineamientos para la implementación de las intervenciones temporales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social para el año 2020 frente a la pandemia COVID-19” en el marco de lo dispuesto en el Decreto de Urgencia 095-2020, los mismos que se desarrollaron con la Resolución de Dirección Ejecutiva 000015-2021-MIDIS/PNADP-DE, con fecha 27 de enero del 2021. En ambos instrumentos se definen las siguientes reglas:

- Cambiar la regla de focalización existente, pasando de distritos con más de 40% de pobreza a 15% de

acuerdo al mapa de pobreza del INEI del 2018. Así ingresan 18 distritos de Lima Metropolitana.

- Implementar arreglos para la interoperabilidad con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, “RENIEC”)<sup>(10)</sup> para acceder al registro de los recién nacidos, con el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)<sup>(11)</sup> para acceder a los teléfonos celulares de los padres, con el Banco de la Nación para abrir cuentas de ahorro dónde se deben hacer las transferencias y entrega de tarjetas de débito, y con el Ministerio de Salud (MINSA)<sup>(12)</sup> para dar seguimiento al cumplimiento de las corresponsabilidades.
- Ejecutar la coordinación territorial, soportándose en las unidades desconcentradas del Programa y articulándose a las Instancias de Coordinación Local (IAL) para la coordinación con los gobiernos locales. En Lima y Callao se requiere una intervención especial al no haber equipos de campo en estos ámbitos.
- Afiliar a las familias a través de plataformas telefónicas *online* y *offline* que al igual que una empresa privada, permitieran con la grabación la suscripción de un acuerdo de compromisos para poder acceder la transferencia monetaria.
- Fortalecer la gestión de la información para soportar los altos flujos de información y adaptar sus sistemas y aplicativos a las necesidades de la intervención.

Tras implementar estos procesos, JUNTOS pasó de atender 38,946 hogares a un universo aproximado de 480 mil hogares con menores de 24 meses, en un proceso

(10) “RENIEC proporcionará al Programa JUNTOS la base de datos de niños, niñas, menores de 24 meses, mediante proceso masivo, acceso en línea y en tiempo real a las bases de datos CNV, Acta de Nacimiento y Registro Único de Identificación de las Personas Naturales (RUIPN), con el fin de obtener la identidad cotejada de los padres, ubicación, sobrevivencia e información del tipo de DNI” (MIDIS, 2020).

(11) “Osiptel proporciona la información de teléfonos de la madre y su entorno familiar para el contacto y seguimiento posterior” (MIDIS, 2020).

(12) “Minsa proporcionará información de la Base de Datos del HIS/MINSA para la verificación del cumplimiento de las corresponsabilidades” (MIDIS, 2020).



de afiliación masiva a nivel nacional en solo dos meses. A diciembre del 2020, tras asumir la responsabilidad, se había logrado el 100% de la afiliación de los 442,618 hogares con niñas/os menores de 24 meses que residen en distritos en 1,594 distritos a nivel nacional. Esto implicó 5 transferencias bimestrales de S/200: una de afiliación y cuatro por cumplir corresponsabilidades en salud: vacunas de neumococo y rotavirus, más recibir la suplementación en hierro correspondiente a la edad. El abono efectuado en ese mismo mes alcanzó al 99.99%; es decir, 442,605 hogares que recibieron una transferencia de S/ 200 nuevos soles.

Se logró la apertura de una cuenta de ahorro para 429,296 titulares, que en coordinación con el Banco de la Nación y a nivel de las unidades territoriales se logró entregar tarjetas de débito a 161,893 usuarias, transfiriendo un total de S/ 132,521,000 millones de soles. Para el cumplimiento de la corresponsabilidad del hogar, sus miembros objetivo deben hacer uso de los servicios de salud, priorizados en esta intervención temporal, acorde con las normas técnicas de Salud, orientadas a asegurar la salud y nutrición preventiva infantil. A febrero 2021, se verificó que el 50% de hogares cumplen con corresponsabilidades: vacunación contra el rotavirus y neumococo, más la suplementación en hierro (Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres, 2021)<sup>(13)</sup>.

Entre los meses de noviembre y diciembre de 2020 se realizó el seguimiento nominal a los servicios brindados por el sector salud respecto a los resultados emitidos por la interoperabilidad realizada con el HIS/Minsa sobre las vacunas de rotavirus y neumococo y a la suplementación con hierro, logrando enviarse 660,000 mensajes de texto, (218,876 en noviembre y 441,124 en diciembre), para promover el uso de los servicios de salud, así como el cumplimiento de las corresponsabilidades. Gracias a ese seguimiento nominal el 48% de niñas/os del padrón semaforizado cuentan con prioridad muy alta para el seguimiento nominal y revertir el riesgo.

## **8. Hipótesis de trabajo para el análisis en el éxito de la implementación de la intervención temporal de JUNTOS**

Una intervención regular de un Programa Social toma meses o años en su diseño y pilotaje antes de pasar a implementarse, lo que se hace para cumplir con todas las condiciones

técnicas necesarias para poder salir a campo, reduciendo los riesgos y evitando perder recursos del estado en intervenciones fallidas que en el sector público derivan en responsabilidades para los implementadores. ¿Qué hizo posible un escalamiento de este nivel en medio de las restricciones de una pandemia? Para esto, planteamos tres hipótesis de trabajo que permiten esbozar posibles factores que hicieron posible que un Programa social como JUNTOS asumiera y lograra cumplir con la meta de afiliar y garantizar niños y niñas menores de 24 meses nacidos en medio de la pandemia de la COVID-19, recibieran un paquete mínimo de prestaciones necesarias para su protección: acceso al DNI, a sus controles de Crecimiento y Desarrollo, a sus vacunas contra el neumococo y rotavirus, así como su suplementación en hierro.

### **8.1. Primera hipótesis: inversión técnica y financiera para la solidez de instituciones**

Fortalecer las capacidades de las instituciones es una inversión que permite al mediano plazo contar con arquitecturas que se pueden usar para responder ante momentos de crisis. La inversión técnica y financiera en construir y sostener un aparato nacional, protegida por un programa presupuestal, con evaluaciones de impacto permanentes que ofrezcan datos objetivos de sus logros y limitaciones, garantizar la estabilidad de su capa media de especialistas y mantener sólido el aparato de campo, la permanencia de sus principales servidores y funcionarios de mando medio, entre otras medidas, son las que lo hacen posible.

Entonces, si bien la Pandemia ha revelado nuestra precariedad en la capacidad de proteger a nuestros ciudadanos y ciudadanas, hay también casos en los que es posible mostrar que contamos con estructuras capaces de responder a los tiempos de crisis, pero que ello no es espontáneo ni producto

(13) Dos dosis de vacuna contra el Rotavirus que produce diarreas y tres dosis de vacuna contra el Neumococo causante de infecciones respiratorias, dos de las enfermedades que más impactan en la desnutrición crónica infantil y producen mortalidad infantil. Esto de acuerdo a normatividad del MINSA. En la suplementación preventiva se inicia con gotitas desde los 4 a los 6 meses de edad y luego con jarabe desde los 6 a los 23 meses.



de una gestión, sino de una inversión sostenida y protegida por instrumentos principalmente presupuestales que permiten que por ejemplo los programas sociales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social estén “blindados” y respondan a un tiempo de crisis.

JUNTOS nació el 07 de abril de 2005 mediante el Decreto Supremo 032-2005-PCM, y estaba adscrito en su nacimiento la Presidencia del Consejo de ministros (PCM) a través de la Comisión Interministerial de Asuntos Sociales (CIAS). Este programa formaba parte de la Estrategia Nacional CRECER cuya finalidad era la reducción de la pobreza y la desnutrición crónica infantil. Desde su piloto en el distrito de Chuschi hasta el 2009, JUNTOS había llegado ya a tener una cobertura cercana al medio millón de hogares.

Este programa nace en el contexto del avance de modelos como el “Progresa” de México del 2007 -que luego se transforma en “Progresa”- y el “Bolsa Familia” de Brasil cuyos orígenes datan del 2001. El modelo de las transferencias condicionadas empieza a extenderse debido al impacto de sus resultados y ya en el 2010, 13 países de América Latina tenían modelos similares.

Sin embargo, también en esos años empieza a surgir en lo social un modelo tecnocrático que apostaba por la eficiencia y eficacia de las intervenciones. Para ello se apostó por la rigurosidad del diseño basado en evidencia y causalidad, y la necesidad del permanente monitoreo y evaluación que coloca como instrumentos esenciales las líneas de base, modelos lógicos y la focalización. La asistencia técnica del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a la tarea del diseño de los programas sociales por más de una década, junto con el nacimiento de la Dirección de Calidad de Gasto del Ministerio de Economía y Finanzas en Perú, son parte de ese proceso.

Con el nacimiento del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, el Programa JUNTOS y otros cinco programas son adscritos a este nuevo ministerio en el 2012. La primera evaluación de impacto del Programa se hizo en el 2009, encargada por el Banco Mundial (Perova y Vakis, 2009), y arrojó resultados positivos en educación y salud<sup>(14)</sup>. La estabilidad es necesaria para fortalecer la entidad, pero la pandemia del COVID-19 y la caída dramática en el acceso de las gestantes

y recién nacidos a sus controles, vacunas y suplementación en hierro, como lo hemos descrito en las páginas anteriores, obligaban a pararse en esa fortaleza administrativa y técnica, pero los logros de esa intervención de emergencia fueron posible, consideramos, por la combinación de los otros factores que describimos a continuación.

### 8.2. Segunda hipótesis: innovación ante desafíos de implementación

Romper el modelo de lo conocido para atreverse a proponer e implementar ajustes a las tradicionales formas de producir nuestros servicios requiere de liderazgos que cuenten con un sólido conocimiento técnico, pero que puedan equilibrar con un sentido de lo urgente y de respuesta a la demanda ciudadana. Estas innovaciones pasan por revisar la línea de producción de los servicios y la generación de valor a lo que ya se estaba haciendo. Ejemplo de ello es haber cambiado el proceso de afiliación de un hogar, creado para ser completado de forma presencial con la visita de un promotor al domicilio, a un proceso de afiliación por voz a través de una llamada telefónica<sup>(15)</sup>.

Solo cambiar ese proceso implica reducir días necesarios para llegar lo más pronto a los recién nacidos, ya que cada día que un recién nacido pierde la oportunidad de su vacuna implica exponerlo a un riesgo a su salud. Bajo esa premisa, ganar un día es ganar a favor de los infantes. Por ello, la innovación sirve cuando facilita llegar al beneficiario final de manera oportuna y gatilla o acelera el cumplimiento de los resultados trazados.

En la pandemia, las exigencias de bioseguridad para llegar al usuario parecían imposibles de ser superadas. El programa había avanzado en dotación de tecnologías

- (14) De acuerdo a la revisión del documento de políticas del MIDIS sobre la evaluación del 2016, señalan que las diferentes investigaciones y estudios muestran los efectos de JUNTOS sobre el gasto y la reducción de la pobreza de los hogares (Perova y Vakis, 2009), aumento de la tasa de matrícula y disminución de la deserción escolar, sobre todo en los primeros grados de secundaria (Perova y Vakis, 2009; Mesinas, 2010), asistencia a centros de salud (Perova y Vakis, 2009), salud neonatal (Díaz y Saldarriaga, 2014) y bajos efectos en nutrición infantil (Sánchez y Jaramillo, 2012; Andersen et al., 2015; Sánchez et al., 2016) o no son tan claros en anemia (Pérez-Lu et. al, 2016), logro cognitivo (Andersen et al., 2015; Sánchez et. al, 2016) o aprendizaje (Mesinas, 2010). Específicamente, Sánchez y Rodríguez (2016) realizan una revisión sistemática de todos los trabajos cuantitativos que evalúan los efectos de JUNTOS, centrándose en los efectos sobre variables a nivel de capital humano.
- (15) Se aprobaron los instrumentos “Acuerdo de Compromiso” y “Protocolo para las llamadas telefónicas de afiliación” para el proceso de afiliación.



para facilitar sus procesos, aplicaciones como "Mi Juntos"<sup>(16)</sup>, eran soportes tecnológicos que no generaban cambios o disruptores. Sin embargo, la pandemia obligó a usar la tecnología para recortar tiempos y llegar lo antes posible al recién nacido, garantizando un proceso seguro de incorporación al programa y de seguimiento nominal que permitiera conocer en tiempo real si los 465 mil niños y niñas afiliados entre julio y diciembre del 2020 habían cumplido o no con sus corresponsabilidades, y desplegar un equipo de acompañamiento cuando el tablero de control indicaba que en un hogar había problemas para cumplir con sus compromisos. Las herramientas ya no solo eran soporte, eran críticas para el logro de las metas.

De otro lado, se requiere de innovaciones organizacionales para pasar a tener subprocessos de soporte como los de contratación y entrenamiento de personal, muy rápidos y que se asegure su alineamiento a los procedimientos establecidos a nivel nacional. La intervención exigió la contratación de 695 especialistas de campo en un lapso de tres meses para poder cumplir con la meta trazada. El Programa JUNTOS debió organizar el territorio para la intervención, y realizó la distribución de 1,594 distritos priorizados en las 21 Unidades Territoriales de intervención de JUNTOS y Lima Metropolitana y Callao, y los distritos que no tenían presencia del Programa fueron encargados a las Unidades Territoriales cercanas por accesibilidad.

La innovación tecnológica y organizacional de una entidad pública solo es posible bajo el paraguas de un liderazgo claro y con la fuerza para impulsarlos e implementarlo, que les permita contar con las condiciones necesarias para su desarrollo y escalamiento.

### **8.3. Tercera hipótesis: Coordinación y arreglos institucionales**

Las intervenciones no solo requieren de diseños y aparatos sólidos, sino de contar con arreglos interinstitucionales como herramientas que les garanticen asegurar condiciones básicas para lograr flujos de información en tiempo real y avanzar en la implementación movilizando equipos en base a la data proporcionada por otra entidad.

Una falla permanente en la implementación de las políticas públicas es no poder articular y coordinar con otras entidades la información que generan y resguardan. Una intervención social requiere data precisa y exacta sobre la población a la cual debe atender, pero esta para ser efectiva debe llegar en el tiempo que le corresponda recibir el servicio. Una vacuna que llegue a un niño fuera del cronograma establecido en la norma técnica del Ministerio de Salud es una falla que puede

costarle la vida a ese infante. Pero, ¿cómo logramos alertar que le toca recibir la vacuna o su suplementación?, ¿en dónde lo podemos ubicar geográficamente para derivarlo al servicio más cercano?, o ¿cómo contactar con sus padres para transmitirles la alerta?

Esta es información necesaria y debe ser alimentada periódicamente con otras entidades, y estos arreglos institucionales implican garantizar que las entidades cumplan con los compromisos de la interoperabilidad y permitan que los sistemas de información alimenten al de la otra, sin necesidad de pasar por permisos o revisiones de intermediarios en el proceso, aunque siempre con el cuidado al que nos obliga la protección de los datos personales. Al respecto, el Decreto de Urgencia 095-2020-MEF estableció en su artículo 6 lo siguiente:

(...) El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC remite al Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres "JUNTOS" la información nominal, y su actualización, sobre las niñas y niños menores de 24 meses, a través de acceso en línea y en tiempo real a las bases de datos señaladas en el párrafo anterior.

6.3 RENIEC implementa en el plazo de hasta quince (15) días hábiles mecanismos de interoperabilidad para dicho acceso, incluyendo al Registro Nacional para medidas COVID-19 en el marco de la Emergencia Sanitaria (Registro Nacional de Hogares - RNH), aprobado por el artículo 3 del Decreto de Urgencia N° 052-2020. Asimismo, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) proporciona al Programa JUNTOS la información del registro telefónico de potenciales beneficiarios, mediante mecanismos en tiempo real o de remisión periódica.

6.5. Los hogares reciben una transferencia monetaria mensual de S/ 100,00 (CIEN Y 00/100 SOLES) de abono bimestral. Para tal efecto, el Ministerio de Salud proporciona al Programa JUNTOS la información nominal de las prestaciones registradas en el HIS, a través del mecanismo de interoperabilidad.

RENIIEC permite tener la información en tiempo real del nacimiento de un niño o niña en el país, se le asigna un código previo que

(16) Al respecto, véase: <https://intranet.juntos.gob.pe/mijuntos1/>



permite asociarlo con su madre y al domicilio de la misma. Esta información debe llegar al sistema de información del Programa JUNTOS para poder organizarla y enviarla a los equipos territoriales que deben iniciar de manera inmediata el proceso de identificación y afiliación de las familias al programa.

Luego de ello, el seguimiento de las corresponsabilidades, acotadas en la intervención temporal a un paquete mínimo en salud, se cruzarán con la información que brinda el sistema de información nominal del MINSa, y que es cargada cada 24 horas por el personal de salud a nivel nacional. Una vez que se ha corroborado que la familia cumple con las corresponsabilidades debe transferirse la asignación correspondiente de 100 nuevos soles mensuales. Para hacerlo, el Banco de la Nación debió abrirles una cuenta individual donde se cargue el dinero y en el mejor escenario posible, esta familia debe estar *tarjetizada* para que pueda acceder al sistema de cajeros automáticos del Banco y ahorrarse en tiempos de pandemia hacer colas en los mismos.

Aunque parece sencillo y básico lograrlo, esto no es frecuente entre las entidades públicas, celosas de su información o del uso que la otra entidad puede hacer de ella. La lógica de lo sectorial implica procesos largos y engorrosos donde una entidad debe solicitar de manera frecuente información a otra, esto toma días y se convierte en una rutina burocrática que no genera ningún valor. Solo la gestión basada en brindar un servicio al ciudadano, rompe esas cajas y optimiza lo que cada entidad debe proveer en la línea de producción del servicio hasta que este llegue al punto de entrega final.

## 9. A modo de conclusión

La intervención en primera infancia es crucial para reducir los riesgos a corto y mediano plazo de afectaciones al desarrollo socio emocional y cognitivo de los niños y niñas del Perú. En ese sentido, es clave para el desarrollo humano y del país la formulación e implementación de intervenciones de políticas públicas basadas en evidencia que logren prevenir y atender los problemas que afecten el desarrollo infantil temprano. No obstante, en el contexto de la emergencia sanitaria por el COVID-19, el impacto de la pandemia en los hogares pobres con padres jóvenes que han perdido sus ingresos o los han visto severamente mermados es un determinante que pone en riesgo el cuidado de los infantes en sus primeros meses.

El cierre o precarización de los servicios de salud se vuelven barreras inexpugnables para estas familias. Sin embargo, ya no se trata de volver a dar los mismos servicios, sino asumir que la emergencia continua para los niños y niñas. Por ello se requiere movilizar la prestación de los servicios en salud, pero también en educación y acompañamiento familiar con más intensidad y frecuencia. Para lograrlo contamos con aparatos públicos capaces de asumir el reto, pero que requieren de

voluntad y liderazgo con fortaleza técnica para asumir que la maquinaria estatal tiene capacidades no usadas y que deben ponerse en funcionamiento.

## Referencias bibliográficas

- Banco Mundial. (2020). *Escenarios de impacto del COVID-19 en la pobreza monetaria. Julio 2020.* Banco Mundial.
- Cordero, L., Luna, A. y Salhuana, R. (2021). *El presupuesto por resultados para el desarrollo infantil temprano: El caso de Perú.* Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Diario El Peruano. (2020, 26 de diciembre). Juntos afilió a 442,618 nuevos hogares en 1,594 distritos de todo el país. <https://elperuano.pe/noticia/112451-juntos-afilio-a-442618-nuevos-hogares-en-1594-distritos-de-todo-el-pais>
- Fan, Y. et al. (2020). SARS pandemic exposure impaired early childhood development: a lesson for COVID-19. *Scientific reports*, 11(1). <https://doi.org/10.1101/2020.05.12.20099945>
- Fogel, R. (2004). *The Escape from Hunger and Premature Death, 1700–2100: Europe, America, and the Third World.* Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511817649>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2020). *COVID-19: Impacto en la pobreza y desigualdad en niñas, niños y adolescentes en el Perú. Estimaciones 2020-2021* (Reporte Técnico). <https://www.unicef.org/peru/media/9026/file/Reporte%20%C3%A9cnico.pdf>
- Gluckman, P. & Hanson, M. (2005). *The Fetal Matrix: Evolution, Development, and Disease.* Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139106955>
- Heckman, J. (2007). The economics, technology, and neuroscience of human capability formation. *Proceedings of the national Academy of Sciences*, 104(33), 13250-13255. <https://doi.org/10.1073/pnas.0701362104>
- Hincapié, D., López-Boo, F., y Rubio-Codina, M. (2020). *El alto costo del COVID-19 para los niños. Estrategias para mitigar su impacto en América Latina y el Caribe* (Documento para Discusión No. IDB-DP-00782). Banco Interamericano de Desarrollo.
- Ibarra, P. et al. (2017). *Así funcionan las transferencias condicionadas.* Inter-American Development Bank. <https://publications.iadb.org/es/asi-funcionan-las-transferencias-condicionadas>



Marini, A., Rokx, C., y Gallagher, P. (2017). *Dando la talla: El éxito del Perú en la lucha contra la desnutrición crónica*. Grupo Banco Mundial. <https://bibliotecavirtual.insnsb.gob.pe/dando-la-talla-el-exito-del-peru-en-la-lucha-contra-la-desnutricion-cronica/>

D.S. 010-2016-MIDIS. Aprueban los Lineamientos "Primero la Infancia", en el marco de la Política de desarrollo e inclusión social. (2016). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-los-lineamientos-primer-la-infancia-en-el-marco-decreto-supremo-n-010-2016-midis-1410175-1/>

D.S. 003-2019-MIDIS. Decreto Supremo que aprueba la Estrategia de Gestión Territorial "Primero la Infancia" para la articulación de las Entidades del Gobierno Nacional, Regional y Local en la promoción del Desarrollo Infantil Temprano. (2016). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-la-estrategia-de-gestion-territo-decreto-supremo-n-003-2019-midis-1789945-10/>

Campana, Y., Monge, A., Seinfeld, J. (2017). *Evaluación de Impacto del programa JUNTOS*

- *Resultados finales*. Ministerio de Economía y Finanzas. <http://evidencia.midis.gob.pe/evaluacion-de-impacto-del-programa-juntos-resultados-finales/>

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. (2021, 4 de agosto). Sello Municipal. Gestión local para las personas. *Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social*. [http://www.midis.gob.pe/sello\\_municipal/nosotros/](http://www.midis.gob.pe/sello_municipal/nosotros/)

Perova, E., y Vakis, R. (2010). *El impacto y potencial del programa Juntos en Perú: Evidencia de una evaluación no-experimental*. Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres, Banco Mundial.

Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres. (2020). *Informe de avances de la implementación de la intervención "Apoyo temporal para el fortalecimiento del desarrollo infantil"*. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres. (2021). *Informe sobre el cumplimiento de la meta de cobertura (Ley 31084, art. 24.3). Intervención "Apoyo temporal para el fortalecimiento del desarrollo infantil"*. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

Yoshikawa, H. et al. (2020). Effects of the global coronavirus disease-2019 pandemic on early childhood development: short-and long-term risks and mitigating program and policy actions. *The Journal of Pediatrics*, 223, 188-193.



# Conflictos interpretativos, vacíos normativos y tareas pendientes para fortalecer el régimen legal en materia de evaluación de impacto ambiental<sup>(\*)</sup>

*Interpretative conflicts, regulatory gaps and pending tasks to strengthen the legal regime for environmental impact assessment*

Erick Leddy García Cerrón<sup>(\*\*)</sup>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

**Resumen:** El presente artículo plantea una mirada crítica sobre la aplicación del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Por lo que, partiendo de reconocer la importancia posee dicho régimen legal para empoderar rol del Estado en la gestión ambiental de proyectos de inversión, así como la prevención de conflictos socioambientales; se realiza una revisión del marco institucional actual, específicamente los cambios y avances en torno al ejercicio de funciones por parte del Senace. En esa línea, se exponen los alcances de un conflicto interpretativo relacionado con el alcance de los impactos ambientales no significativos en cuerpos de agua. Asimismo, se plantea una visión crítica respecto a los instrumentos de gestión ambiental correctivos. Finalmente se exponen algunas ideas en torno al procedimiento de actualización de estudios ambientales, como mecanismo para la mejora continua de los instrumentos de gestión ambiental.

**Palabras clave:** Actualización de estudios ambientales - Instrumentos de gestión ambiental - Informe técnico sustentatorio - Evaluación de impacto ambiental - Fiscalización ambiental - Recursos naturales

**Abstract:** This article takes a critical look at the application of the National Environmental Impact Assessment System. Thus, recognizing the importance of this legal regime to empower the role of the State in the environmental management of investment projects, as well as the prevention of socio-environmental conflicts, a review of the current institutional framework is carried out, specifically the changes and advances regarding the exercise of functions by Senace. In this line, the scope of an interpretative conflict related to the scope of non-significant environmental impacts on bodies of water is presented. Likewise, a critical view of the corrective environmental management instruments is presented. Finally, some ideas are presented regarding the procedure for updating environmental studies as a mechanism for the continuous improvement of environmental management instruments.

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de setiembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 20 de noviembre de 2022.  
(\*\*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Magíster en Derecho con Énfasis en los Recursos Naturales por la Universidad Externado de Colombia. Docente universitario a nivel de pregrado y postgrado. Tiene más de 12 años de experiencia en gestión ambiental en entidades públicas como el Ministerio del Ambiente, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - Senace y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Vocal Titular del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales del Ministerio del Ambiente. Fundador de la iniciativa educativa Interacción Ambiental - InterA(c)miente. ORCID: 0000-0002-7097-3401. Correo electrónico: erick.garciac@gmail.com.



**Keywords:** Updating of environmental studies - Environmental management instruments - Environmental impact assessment - Environmental control - Environmental public management - Environmental public management - Natural resources - Supporting technical report

## 1. Introducción

Procurar la mejora del régimen legal en materia de evaluación de impacto ambiental constituye un objetivo primordial para una adecuada gestión ambiental de los proyectos de inversión en el país.

Esta premisa, cuyos antecedentes se remontan a los debates en el Congreso de la República durante la redacción de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley del SEIA), se resalta años después por la Defensoría del Pueblo en su celebre "Informe Extraordinario: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú". En este informe se explica las falencias de nuestro sistema ambiental y como este problema desencadena en conflictos sociales:

(...) el Estado no ha conseguido desarrollar adecuadamente las bases de su gestión ambiental. Sin política ambiental, información sobre la calidad ambiental, estándares ambientales suficientes y adecuados, un sistema nacional de evaluación de impacto ambiental operativo y procedimientos de participación ciudadana eficaces resulta sumamente difícil construir la confianza de la ciudadanía en la capacidad del Estado para proteger su espacio vital (2007, p. 6).

Ahora bien, es importante destacar que la evaluación de impacto ambiental constituye un proceso articulador de diversos ámbitos de la gestión ambiental. En esa medida, durante su desarrollo, se evalúa el manejo de los recursos naturales relacionados con la ejecución del proyecto (hídricos, forestales, fauna silvestre, biodiversidad, paisaje, entre otros), el cumplimiento de las normas en materia de calidad ambiental y el desarrollo de un proceso de participación ciudadana efectiva, por citar algunos ejemplos.

Resulta fundamental tener presente esta característica en la medida de que, si concebimos la evaluación de impacto ambiental como el punto de partida, la meta consiste en superar con éxito los retos que nos presenta la gestión ambiental de proyectos de inversión. Entre todos los desafíos es importante destacar: la relación entre medio ambiente y conflictividad social, la necesidad de fortalecer la gobernanza ambiental en el aprovechamiento de recursos naturales, los mecanismos de participación ciudadana idóneos, su interacción con actividades ilícitas depredadoras del ambiente, entre otros.

Por ejemplo, respecto al primer punto, la realidad evidencia que los conflictos socioambientales en el país persisten y se están incrementando. La mayoría de estos escenarios se

encuentran relacionados con la oposición al desarrollo de actividades extractivas o industriales, impactos sobre los recursos hídricos, presunta contaminación ambiental y falta de acciones de remediación. Conforme lo detalla la Defensoría del Pueblo en su último reporte sobre conflictos (2022, p. 10), estos alcanzaron en setiembre del presente año un total de ciento treinta y seis (136) casos, constituyendo el 64.5% del total.

Ello permite asumir preliminarmente que, si se identificasen y resolvieran vacíos, inconsistencias y contradicciones que condicionan, entre otros, el rol del Estado en la gestión de proyectos de inversión, ello contribuiría a reducir la conflictividad social o, cuando menos, a garantizar una respuesta más eficiente a las demandas ciudadanas.

Dicho esto, resulta pertinente precisar que, si bien se identifica una relación entre conflictividad social y evaluación de impacto ambiental, ello no permite concluir que el otorgamiento de certificaciones ambientales sea el origen o la causa de conflictos socioambientales, y más aún cuando los conflictos sociales pueden tener muchas causas. Si bien estos pueden escalar por una decisión estatal relacionada con el otorgamiento de viabilidad ambiental a un proyecto de inversión, este hecho se constituye más que nada en un detonante que activa una crisis cimentada a partir de problemáticas más estructurales relacionadas con la desconfianza en el papel del Estado. Asimismo, cabe recordar que, desde la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Tía María en el año 2014, no se presentan protestas sociales que tengan entre sus puntos centrales que no se otorgue la certificación ambiental.

Sin embargo, ello tampoco supone que no existan oportunidades de mejora en el régimen legal en materia de evaluación del impacto ambiental. En ese sentido, una buena alternativa consistiría en plantear un debate en torno a qué acciones podrían desarrollarse para optimizar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA); como medidas que vayan desde el marco institucional hasta cambios normativos que fortalezcan el rol del Estado en la gestión ambiental de proyectos de inversión.



En esa línea, cabe preguntarse: ¿qué aspectos cabría considerar para realizar un análisis orientado a mejorar la gestión ambiental de proyectos de inversión? Sin lugar a dudas, como elemento articulador, corresponde analizar el régimen legal en materia de evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, dada su amplitud, resulta pertinente primero analizar los avances en materia institucional a partir del ejercicio de sus funciones por parte de las diferentes autoridades competentes. Esto permitirá identificar vacíos normativos o disposiciones pendientes de regulación, así como medidas para mejorar la gestión de recursos naturales involucrados en la ejecución de los proyectos.

En ese sentido, la importancia del presente artículo se centra en el aporte que se brindará a partir del análisis relacionado con la aplicación de las disposiciones que regulan el SEIA, los vacíos normativos identificados y en general el planteamiento en torno a las oportunidades de mejora identificadas para fortalecer el rol del Estado en la gestión de proyectos de inversión.

## 2. Breve alcance sobre el contexto institucional en materia de evaluación de impacto ambiental

A día de hoy, han transcurrido poco más de trece (13) años desde que entró en vigencia de manera efectiva la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - Ley 27446, con la aprobación de su reglamento mediante el Decreto Supremo 019-2009-MINAM. Ello no supuso que sus principios, premisas y reglas procedimentales surtieran efectos inmediatos en la gestión ambiental de proyectos de inversión, principalmente en aquellos que ya se encontraban en operación, ni los que se aprobarían en el corto, mediano y largo plazo (entre 3 a 10 años aproximadamente, aunque cabe destacar que a la fecha varios sectores aún no se encuentran adecuados al SEIA).

De hecho, la adecuación y/o aprobación de los (nuevos) reglamentos sectoriales fue un proceso lento, aunque

progresivo impulsado por demandas ambientales, conflictos sociales y voluntad técnica/política de las gestiones ministeriales de turno. Ello explica lo errático y disímil del proceso, puesto que podemos encontrar reglamentos de gestión ambiental con versiones "ampliamente debatidas", como los correspondientes al sector Turismo (nuevo)<sup>(1)</sup> y Agricultura (modificación completa/parcial), que hasta la fecha no han sido aprobados, encontrándose rezagados ante adecuaciones normativas que parecieran que nunca van a concretarse. Tal es el caso de uno de los reglamentos ambientales sectoriales más esperados por parte de la comunidad jurídica ambiental del país: el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado mediante Decreto Supremo 040-2014-EM, el cual entró en vigencia al día siguiente de la aprobación de sus Términos de Referencias Comunes, mediante Resolución Ministerial 116-2015-MEM-DM, de fecha 13 de marzo de 2015.

En este escenario de cambios normativos pausados, se concretiza quizás una de las reformas institucionales más importante en materia ambiental desde la creación del MINAM, la cual es la culminación del proceso de transferencia de funciones del MINEM al Senace y el ejercicio de estas a partir del 28 de diciembre de 2015.

¿Qué ha supuesto el cambio de un modelo sectorial (Ministerios) a uno concentrado (Senace)? A efectos de realizar un balance y análisis, se presenta a continuación, el siguiente cuadro comparativo:

(1) De la revisión de las normas emitidas, se evidencia que el Reglamento Ambiental para el Desarrollo de la Actividad Turística fue publicado como separata especial el 13 de octubre 2008 en el Diario Oficial El Peruano; asimismo, se identificó en los años siguientes, dos proyectos normativos: uno publicado mediante Resolución Ministerial 272-2017-MINCETUR, y el otro mediante Resolución Ministerial 235-2021-MINCETUR, los cuales disponían la publicación del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el "Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Turismo".



Cuadro No. 1

Criterios	Senace	Autoridades sectoriales
Procedimiento uniforme	<p>El Senace cuenta con el Procedimiento Único de Certificación Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2022-MINAM y que entró en vigencia el 21 de julio de 2022.</p> <p>A través de dicha norma, se estandarizan los plazos y etapas de los procedimientos administrativos bajo su competencia, independientemente del sector transferido, lo que contribuye con la seguridad jurídica y predictibilidad.</p> <p>Cabe destacar que, a través de la citada norma, se regularon procedimientos administrativos que en su oportunidad no fueron contemplados en el Reglamento de la Ley del SEIA y Reglamentos Ambientales Sectoriales, pero que se desarrollan producto de la práctica administrativa, lo que motivó la necesidad de implementarlos.</p> <p>Estos procedimientos son: Aprobación y modificación de los Términos de Referencia y Aprobación y modificación del Plan de Participación Ciudadana (PPC)<sup>(2)</sup>.</p>	Independientemente de si las funciones para la evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) y sus procedimientos relacionados ha sido o no transferida; las autoridades sectoriales aplican principalmente sus propios reglamentos ambientales, y en caso estos no se encuentren aprobados, se aplica el Reglamento de la Ley del SEIA.
Competencias	El Senace es competente para evaluar y aprobar, de corresponder, lo EIA-d y sus procedimientos relacionados, lo que incluye la clasificación anticipada de proyectos de inversión de acuerdo con su riesgo ambiental.	Dependiendo de si se ha culminado o no el proceso de transferencia; en el primer caso, las Autoridades sectoriales son competentes para evaluar los EIA semidetallados (EIA-sd) y Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) de los proyectos con clasificación anticipada. Asimismo, dicha función alcanza a los Instrumentos de Gestión Ambiental complementarios aprobados en los reglamentos sectoriales. En el segundo caso, las autoridades sectoriales son competentes para evaluar todos los Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA) del SEIA y los complementarios.
Evaluación en campo	Se ha implementado el proceso de acompañamiento en la elaboración de la Línea Base. Cabe destacar que en el caso de Senace se identificó además una visita técnica de campo durante la evaluación de la Segunda Modificación del "Estudio de Impacto Ambiental Detallado (MEIA-d) del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez"; durante la cual se identificó que ya se había iniciado la construcción de componentes considerados en el MEIA-d; razón por la cual se resolvió declarar improcedente el trámite de dicho IGA, mediante Resolución Directoral 00128-2022-SENACE-PE/DEIN.	Se ha implementado el proceso de acompañamiento en la elaboración de la Línea Base.

(2) Cabe destacar que alcanzar un proceso uniforme constituye un inmenso reto, teniendo en consideración las diferentes reglas procedimentales que se pueden identificar en las disposiciones sectoriales, así como en la propia práctica administrativa. Por ejemplo, en el caso del sector hidrocarburos, al contar con clasificación anticipada (Decreto Supremo 015-2006-EM) y términos de referencia comunes (Resolución 546-2012-MEM/DM) el MINEM se obviaba la aprobación de un Plan de Participación Ciudadana en los términos establecidos en el Decreto Supremo 002-2009-MINAM, y en los casos en que se implementaba alguno estos no eran aprobados en el marco de un procedimiento administrativo. Por su parte, en el sector transportes, la evaluación de impacto ambiental se realizaba a partir de avances parciales o entregables de los capítulos del instrumento de gestión ambiental, en tanto que el contrato para su elaboración comprendía la presentación de avances (entregas parciales); la Oficina de Logística del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) había definido como se debían elaborar los estudios de impacto ambiental requeridos por Provías Nacional o Provías Descentralizado, no la Ley del SEIA. En esa línea, la entonces Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC evaluaba el instrumento por partes haciendo observaciones parciales hasta la presentación de la versión final conjunta a la cual se otorgaba la certificación ambiental.



Criterios	Senace	Autoridades sectoriales
Costo por el trámite de evaluación	A través de la aprobación de su vigente Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA (Decreto Supremo 018-2018-MINAM) se aprobó el aumento de las tasas por derecho de tramitación de diversos procedimientos administrativos a su cargo. Este incremento permitió acercarse a los valores reales del ejercicio de la función evaluadora, dejándose de lado el mezquino valor de una (1) UIT que como valor máximo cobra de manera estandariza la mayoría de entidades públicas (S/4,600 para el presente año) a un valor de S/. 71,057.70 para la evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental detallado del sector electricidad (15.44 UIT aproximadamente).	De acuerdo al TUPA del MINEM, modificado por última vez mediante Resolución Ministerial 178-2020-MINEM/DM, el costo de la evaluación de los Instrumentos de Gestión Ambiental va desde S/. 1,471.80 (para una DIA en el subsector hidrocarburos) hasta S/ 3,636.20 (para un Informe Técnico Sustentatorio (ITS) de la gran y mediana minería). Una situación diferente ocurre con los procedimientos administrativos a cargo del Ministerio de la Producción (cuyos subsectores no han sido transferidos aún a Senace, pues el plazo de Industria y Pesca culminaron el cuarto trimestre del 2017 y el segundo trimestre del 2018, respectivamente). En ambos casos, la evaluación de impacto ambiental es gratuita, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial 417-2016-PRODUCE y Resolución Ministerial 426-2016-PRODUCE. Esto evidencia que no hay una idea uniforme dentro del Estado Peruano sobre lo que implica el ejercicio de la función de evaluación de impacto ambiental.
Seguimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental	En materia de transparencia y participación ciudadana, un factor fundamental en la gobernanza ambiental <sup>(3)</sup> de proyectos de inversión, el Senace cuenta la plataforma virtual denominada "Consulta ciudadana de proyectos" <sup>(4)</sup> , la cual permite el trámite de los procedimientos administrativos contemplados en su TUPA. Esta herramienta permite realizar el seguimiento a los documentos emitidos por el Senace y los opinantes técnicos en el marco de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de inversión.	El MINEM, específicamente el subsector minería, a través del Sistema de Evaluación Ambiental en Línea - SEAL, fue la autoridad sectorial pionera en el uso de una plataforma electrónica para organizar la evaluación de impacto ambiental y permitir el acceso a parte de la información que se generaba. Cabe precisar que el resto de las autoridades sectoriales no han llegado a implementar algún sistema como el SEAL o la consulta ciudadana de Senace.
Registro de Certificaciones Ambientales	Un activo importante desarrollado por el Senace es la administración del denominado "Registro Administrativo de Certificaciones Ambientales". Ahora bien, es importante precisar que dicha base de datos no comprende todas las certificaciones ambientales, toda vez que solo contiene las que fueron transferidas por los sectores como parte del proceso de transferencia y las emitidas por el Senace. En ese sentido, corresponde excluir aquellas que no fueron transferidas por las autoridades sectoriales en mérito a los criterios establecidos durante el proceso de transferencia (por ejemplo, falta de presupuesto para digitalizar los IGA), las emitidas por las autoridades sectoriales con posterioridad a la transferencia de funciones -en especial la referidas a DIA y EIA-d-, y las emitidas por otros niveles de gobierno como los Gobiernos Regionales y Locales.	Las autoridades ambientales sectoriales no cuentan con una base de datos que permita acceder a las certificaciones ambientales aprobadas en ejercicio de sus competencias.

Fuente: elaboración propia

- (3) De acuerdo con el documento “Indicadores de Gobernanza Ambiental para América Latina y el Caribe” publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo y World Justice Project (2020), un indicador ambiental es la Información ambiental pública, la cual mide si los organismos ambientales difunden información de fácil comprensión, accesible y oportuna sobre cuestiones y regulaciones ambientales.
- (4) La consulta de la plataforma se puede realizar a través del siguiente enlace: <https://www.gob.pe/9213-realizar-una-consulta-ciudadana-de-proyectos-en-el-senace>



Como se puede evidenciar, el ejercicio de las funciones en materia de evaluación de impacto ambiental por parte de Senace presenta un balance positivo, en tanto se han implementado mejoras relacionadas con el acceso a la información pública ambiental (seguimiento de expedientes e información sobre estudios ambientales), así como la regulación de nuevos procedimientos administrativos (PPC y TdR) y en lo que respecta a la estandarización de procedimientos administrativos a cargo de la entidad.

Ahora bien, resulta pertinente señalar en qué sectores y respecto de qué estudios ambientales se viene aplicando este cambio progresivo. Para ello, es importante recordar que el proceso de transferencia de funciones al Senace viene desarrollándose desde el año 2015. Al respecto, durante los primeros años (2015-2016), el proceso de transferencia cumplió con los plazos establecidos en el cronograma (ya sea por compromiso político e impulso de los actores involucrados); sin embargo, con el tiempo, se evidenció un aletargamiento

de las gestiones para cumplir con las fechas aprobadas.

Ahora bien, luego de haberse vencido los plazos originalmente aprobados, mediante Decreto Supremo 025-2021-MINAM, se aprobó un nuevo cronograma y las condiciones para la transferencia de funciones de los subsectores Turismo, Comunicaciones, Salud y Defensa al SENACE en el marco de la Ley 29968. Asimismo, se establecieron disposiciones a tener en consideración por parte de las autoridades sectoriales que aún no han culminado el proceso de transferencia.

En ese marco, atendiendo al marco legal vigente, se describe en el siguiente cuadro el estado actual del proceso de transferencia de funciones al Senace:

#### Cuadro No. 2 - Evolución del proceso de transferencias de funciones en materia de evaluación de impacto ambiental al Senace

Subsector	Decreto Supremo 006-2015-MINAM	¿Se transfirió?	Decreto Supremo 001-2017-MINAM	2DCT Ley 29968	¿Se transfirió?	Decreto Supremo 025-2021-MINAM
	Fecha de inicio de proceso de transferencia		Modifica cronograma de transferencia	Transferencia de EIA-sd <sup>(5)</sup>		Fecha de inicio de proceso de transferencia
Energía (Hidrocarburos y Electricidad)	Segundo Trimestre del año 2015	Sí	-	28 de diciembre de 2017	No	-
Minería	Segundo Trimestre del año 2015	Sí	-		No	-
Transportes	Cuarto Trimestre del año 2015	Sí	-	14 de julio de 2018	No	-
Agricultura	Segundo Trimestre del año 2016	Sí	-	14 de agosto de 2019	No	-
Vivienda y Construcción	Cuarto trimestre del año 2016	Sí	-	02 de agosto de 2023	Pendiente	-
Saneamiento	Segundo Trimestre del año 2017	No	-	-	-	-
Industria	Cuarto trimestre del año 2017	No	-	-	-	-
Pesca	Segundo Trimestre del año 2018	No	-	-	-	-

(5) Conforme a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30327 (21 de mayo de 2015), que modificó la disposiciones complementarias de la Ley 29968, Ley de creación de Senace, se estipuló en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria modificada que el Senace asumirá progresivamente la función de aprobar los EIA-sd sobre la base de un proceso ordenado, progresivo y gradual, el cual se iniciará luego de transcurridos al menos dos (2) años desde que el SENACE haya concluido con la transferencia de la función de aprobar los EIA-d del sector correspondiente.



Subsector	Decreto Supremo 006-2015-MINAM	¿Se transfirió?	Decreto Supremo 001-2017-MINAM	2DCT Ley 29968	¿Se transfirió?	Decreto Supremo 025-2021-MINAM
	Fecha de inicio de proceso de transferencia		Modifica cronograma de transferencia	Transferencia de EIA-sd <sup>(5)</sup>		Fecha de inicio de proceso de transferencia
Salud	Segundo Trimestre del año 2019	Revisar Decreto Supremo 001-2017	-	-	-	Tercer trimestre del año 2023
	Aprobación del Reglamento de la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos		Decreto Supremo 014-2017-MINAM  Se tiene por transferida la función en materia de Residuos Sólidos	Decreto Supremo 014-2017-MINAM  Se tiene por transferida la función en materia de Residuos Sólidos	--	--
Comunicaciones	Cuarto trimestre del año 2019	No	--	--	--	Segundo trimestre del año 2023
Turismo	Segundo Trimestre del año 2020	No	--	--	--	Primer trimestre del año 2023
Defensa	Cuarto trimestre del año 2020	No	--	--	--	Cuarto trimestre del año 2023

Fuente: elaboración propia

Como se puede evidenciar del cuadro, luego del sector agricultura, cuyo proceso culminó pocos meses después del inicio de su proceso de transferencia. En el caso del sector Vivienda y Construcción, el proceso tomó aproximadamente cuatro años y medio. Asimismo, entre el 2016 y 2019, se aprobaron y modificaron disposiciones relacionadas con el inicio del proceso de transferencia de los subsectores Industria, Pesca y Acuicultura, y Saneamiento, habiendo transcurrido entre tres y cinco años desde el inicio oficial del proceso de transferencia en los distintos sectores.

Si existen razones que expliquen la demora, estas no podrían ser de índole normativo, en tanto los sectores mencionados ya cuentan hace años con reglamentos ambientales sectoriales adecuados al SEIA y, en esa medida, ya se debería tener un alcance respecto a lo que será objeto de transferencia. Probablemente las dificultades sean principalmente de índole presupuestal o de falta de voluntad política.

Dicho esto, cabe destacar que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo 025-2021-MINAM dispuso que el proceso de transferencia de funciones de los subsectores de Saneamiento, Industria y Pesca y Acuicultura al Senace culmine como máximo el 31 de diciembre de 2023.

Asimismo, respecto al resto de subsectores pendientes de transferencia (Salud, Comunicaciones, Turismo y Defensa), el citado Decreto Supremo ha establecido una serie de

condiciones previas para el inicio del proceso de transferencia al Senace (Artículo 3) entre las que cabe destacar:

- El orden y digitalización progresiva de la información de los expedientes de los EIA-d, instrumentos de gestión ambiental (IGA) complementarios y/u otros aprobados por la Autoridad Sectorial, que forman parte del alcance de la transferencia, priorizando aquellos que no tengan una antigüedad mayor a cinco (5) años a la fecha de inicio del proceso de transferencia. Para la entrega progresiva de los expedientes ordenados y digitalizados de mayor antigüedad, el SENACE y la Autoridad Sectorial aprueban un cronograma en el informe de culminación de transferencia correspondiente.
- Contar con un Reglamento de Protección y/o Gestión Ambiental adecuado al SEIA, un listado de inclusión de proyectos de inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental actualizado, una clasificación anticipada para los proyectos con características comunes o similares y los respectivos términos de referencia.



Respecto al cumplimiento del cronograma, queda esperar una actuación oportuna y proactiva del Ministerio del Ambiente y el Senace, así como que se ponga en agenda el inicio de la transferencia de los EIA-sd. En términos generales, hemos podido advertir que la transferencia de funciones ha supuesto importantes mejoras en materia de transparencia ambiental, plataformas informáticas para el ciudadano y predictibilidad jurídica en el desarrollo de los procedimientos de inversión, todo lo cual ahonda en la tesis de que si ello aplica ya para los EIA-d y los procedimientos de clasificación, sumar el EIA-sd, permitiría integrar en las mejoras implementadas a más instrumentos de gestión ambiental.

Ahora bien, es importante tener presente que cualquier iniciativa que suponga la ampliación de funciones del Senace deberá estar acompañada de una estrategia de fortalecimiento institucional que implique la implementación de oficinas descentradas en las regiones con mayor presencia de proyectos a su cargo, así como en aquellos departamentos con un alto nivel de conflictividad social. De esta manera, se puede lograr acercar a la ciudadanía al proceso de certificación ambiental y que se fortalezcan las labores logísticas en campo.

### **3. Conflictos interpretativos, vacíos legales y reformas pendientes para la optimización de la gestión ambiental de proyectos de inversión**

La transferencia de los EIA-d de sectores claves para la economía del país: Minería e Hidrocarburos (inversión privada)

- Transportes y Electricidad (inversión pública) permitió estandarizar criterios y procedimientos administrativos y a partir de ello cumplir los objetivos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Ahora bien, se trata de un proceso largo y no exento de debate y puntos de vista disímiles. Por ejemplo, para algunos, la clasificación anticipada facilita el desarrollo de los proyectos de inversión, pues permite identificar la categoría del proyecto y planificar el inicio de la elaboración del correspondiente estudio ambiental.

Por el contrario, consideramos que la clasificación anticipada posterga y limita la participación de autoridad ambiental en la definición de aspectos ambientales y sociales que podrían resultar críticos para una adecuada gestión del proyecto de inversión. De hecho, cabría precisar que existen excepciones, como la aprobada en el sector eléctrico, que es sumamente detallada y se define aplicando distintos criterios; o el caso de minería, donde se ha descrito en un artículo todos los supuestos que ameritan el trámite de términos de referencia específicos (sin que este documento

llegue a tener el detalle técnico de una Evaluación Preliminar). El hecho de fondo es que se tenga que sustentar los posibles impactos que podría generar un proyecto de inversión a la luz de los criterios de protección ambiental establecido en el Artículo 5 de la Ley del SEIA, así como los factores contemplados en los Anexo III y IV del Reglamento de la Ley del SEIA, aprobado mediante Decreto Supremo 019-2009-MINAM (en adelante, RSEIA), constituye en sí misma una aproximación valiosa para dimensionar lo que implicará en términos ambientales y sociales la ejecución de un proyecto de inversión.

Lo señalado permitiría explicar la necesidad de dos modificaciones a las normas del SEIA: (i) Para el trámite de Tdr específicos, la inclusión de un informe técnico que contenga la descripción del proyecto de inversión, una propuesta de área de estudio, los impactos previstos, entre otros aspectos; (ii) La modificación del Anexo VI del RSEIA, que establece el contenido mínimo de la Evaluación Preliminar.

Sin embargo, el presente artículo no versa sobre mejoras al procedimiento administrativo de clasificación de estudios ambientales de acuerdo a su riesgo ambiental. Lo señalado pretende dejar en claro que las reglas del SEIA requieren con urgencia una revisión; y, si bien el sistema ha venido operando superando contratiempos a partir de interpretaciones jurídicas en concordancia con el Artículo VIII del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, referido a la deficiente de fuentes, en la práctica no lo hace cada vez más complejo y menos predictable.

En ese espíritu, se exponen tres situaciones jurídicas que tienen como único eje la documentación y análisis de oportunidades de mejora en el régimen legal de evaluación de impacto ambiental. Se tratan de planteamientos, que como se podrá advertir, merecen la debida atención y solución eficiente, de manera tal que el Estado cuente con las herramientas necesarias para incidir en la correcta gestión ambiental de proyectos de inversión.



### **3.1. ¿Impactos ambientales negativos no significativos sobre cuerpos de agua en proyectos mineros?**

La premisa “Agua o Minería” expone con claridad una de las dicotomías más comunes e invariables de la oposición al desarrollo de proyectos mineros. Es por esta razón que el hecho de que dos entidades públicas encargadas de resolver procedimientos administrativos en materia de evaluación de impacto ambiental de proyectos mineros (Senace y MINEM) tengan posiciones diametralmente opuestas respecto a un tema tan sensible como el alcance del supuesto de procedencia de un Informe Técnico Sustentatorio referido a no impactar cuerpos de agua, resulta académicamente relevante, cuando no de interés público.

El presente caso comienza con el trámite del Tercer Informe Técnico Sustentatorio de la Modificación del EIA-d de la Unidad Minera Uchucchacua presentado por Compañía Minera Buenaventura (en adelante, Buenaventura) ante la Dirección de Evaluación Ambiental para Proyectos de Recursos Naturales y Productivos del Senace (en adelante, DEAR Senace) el 01 de diciembre de 2020 (No. de trámite: M-ITS-00190-2020)<sup>(6)</sup>. Al respecto, conforme se detalla en el Informe No. 0448-2021-SENACE-PE/DEAR -que analizó la solicitud del administrado- la propuesta del ITS consistía en lo siguiente esencialmente en lo siguiente: “La reprogramación de actividades de la U.M. Uchucchacua por 2 años y 8 meses adicionales” (2021, p. 19).

Sin embargo, lo que parecería constituir un requerimiento menor que no supondría mayor relevancia para el ambiente, terminaría siendo el punto de partida para un debate respecto al alcance de un ITS minero en cuanto a lo establecido en el literal c) del numeral 132.5 del artículo 132 del Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado mediante Decreto Supremo 040-2014-EM (en adelante, Reglamento Ambiental Minero)<sup>(7)</sup>.

La solicitud sería declarada nuevamente improcedente, mediante Resolución Directoral 00099-2021-SENACE-PE/DEAR, de fecha 02 de julio 2021, sustentada en el Informe No. 0448-2021-SENACE-PE/DEAR. Asimismo, el recurso de reconsideración interpuesto contra dicha resolución sería declarado infundado mediante Resolución Directoral 0153-2021-SENACE-PE/DEAR, sustentada en el Informe No. 00782-2021-SENACE-PE/DEAR.

Todo lo mencionado nos lleva al recurso de apelación interpuesto por el titular minero contra dicha resolución. Dicho recurso fue analizado a través del Informe No. 00022-2022-SENACE-GG/OAJ (en adelante, Informe OAJ).

En el marco de dicho Informe, se recoge la posición de la DEAR Senace respecto a la interpretación de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM) sobre lo dispuesto en el literal c) del numeral 132.5 del artículo 132. El informe señala que su interpretación no difiere del señalado por la DGAAM en el Informe No. 127-2021-MINEM-DGAAM, cuyo análisis ha sido reiterado en el Informe No. 445-2021-MINEM-DGAAM-DGAM, que señala que “(...) resulta viable la procedencia de solicitud de un ITS que involucre cuerpos de agua considerados en el IGA aprobado. Para ello, la autoridad ambiental podrá pedir información a las autoridades para la evaluación del IGA”. Se precisa, además, que no se desprende

(6) Resulta pertinente anotar que, mediante Resolución Directoral 00032-2021-SENACE-PE/DEAR, la DEAR Senace declaró en su artículo primero la conformidad del “Tercer Informe Técnico Sustentatorio de la Modificación del EIA-d de la Unidad Minera Uchucchacua”, respecto de los siguientes objetivos: a) Recepción de material estéril de terceros en los DME de la unidad; b) Construcción, ejecución y cierre de plataformas de perforación y sus accesos correspondientes; y, c) Modificación del programa de monitoreo de calidad de agua superficial planteadas. Asimismo, en el artículo segundo de la citada resolución, se declaró improcedente el “Tercer Informe Técnico Sustentatorio de la Modificación del EIA-d de la Unidad Minera Uchucchacua respecto del objetivo d) reprogramación de actividades de la U.M. Uchucchacua. Contra lo resuelto, el titular interpuesto recurso de apelación, el mismo que fue resuelta mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva 00023-2021-SENACE-PE de fecha 26 de abril de 2021, declarando fundado el recurso administrativo, y nulo lo resuelto en el artículo 2 de la Resolución de la DEAR Senace, disponiendo retrotraer el procedimiento administrativo al momento previo de la emisión del Informe No. 0129-2021-SENACE/DEAR que sustentó la improcedencia del ITS, sobre la base de que en la parte final de la observación número 15 (referido al punto de vertimiento y monitoreo) no fue observada previamente, conforme se contrastaba del Informe No. 0785-2020-SENACE-PE/DEAR (Informe de Observaciones). Se concluyó que ello ha sido parte del sustento para declarar improcedente el objetivo d) del Tercer ITS Uchucchacua evaluado.

(7) Artículo 132.- De la presentación del Informe Técnico Sustentatorio

(...)

132.5 Para la procedencia del ITS se debe verificar los siguientes supuestos:

(...)

c. No ubicarse sobre, ni impactar cuerpos de agua, bोfedales, pantanos, bahías, islas pequeñas, lomas costeras, bosque de neblina, bosque de relicto, nevado, glaciar, o fuentes de agua



del referido informe que se haya indicado que resulta viable la procedencia de solicitud de un ITS que *impacte cuerpos de agua*, pues ello iría en contra de lo dispuesto en el propio reglamento (2022, p. 9).

Asimismo, de dicho documento, se extrae el siguiente detalle respecto al alcance de la propuesta del ITS:

51. (...) el objetivo propuesto en el Tercer ITS Uchucchacua que fue materia de evaluación (Objetivo 4) corresponde a la reprogramación por 2 años y 8 meses adicionales de las actividades de la U.M.

Uchucchacua, con el fin de realizar el minado total de las reservas aprobadas, sin superar la tala de minado aprobada, ni la capacidad de planta de 6,000 TMD.

Para ello, se consideró, durante este periodo adicional de 2 años y 8 meses, continuar con la ejecución de los componentes aprobados en la MEIA-d 2014, cuyo estado se muestra a continuación:

**Tabla No. 1: Componentes aprobados en la MEIA-d Uchucchacua vinculando con el objetivo 4**

No.	Componente aprobado en la MEIA-d Uchucchacua	Estado de implementación
1	Plan general de profundización de la mina (Nivel 3430 aprobado)	En proceso (Nivel 3512 ejecutado)
2	Zonas de reconocimiento geológico	En proceso
3	Ampliación del Sistema de Aire Comprimido	No ejecutado
4	Ampliación del Sistema de Ventilación	En proceso
5	Depósito de Material Estéril Huantajalla Nv 360	En proceso
6	Depósito de Material Estéril Huantajalla Nv 500	No ejecutado
7	Depósito de Material Estéril Huantajalla Nv 600	No ejecutado
8	Ampliación de capacidad de planta a 6,000 TMD	En proceso 4,200 TMD
9	Recrecimiento depósito de relaves No. 3 (Cota 4,416 aprobada)	En proceso (Cota 4,411 ejecutada)
10	Depósito de relaves No. 4	No ejecutado
11	Recrecimiento depósito de relaves No. 3 (Cota 4,416 aprobada)	No ejecutado
12	Ampliación del sistema de bombeo en interior mina	En proceso
13	Planta de tratamiento de agua potable	Ejecutado
14	Depósito temporal de residuos sólidos	Ejecutado
15	Depósito de residuos peligrosos	Ejecutado
16	Ampliación del relleno sanitario industrial	No ejecutado
17	Cancha de almacenamiento de top soil	En proceso
18	Campamento e infraestructura	En proceso
19	Ampliación de talleres de mantenimiento	En proceso
20	Ampliación de laboratorio	Ejecutado
21	Ampliación de almacenes	No ejecutado
22	Ampliación de grifo	No ejecutado
23	Polvorín interior de mina Nv 3,990	No ejecutado
24	Ampliación de almacenamiento de testigos	No ejecutado
25	Ampliación de sala de logueo	No ejecutado

Fuente: Cuadro 9.3.8 Estado de ejecución de los componentes de la Modificación del EIA-d, incluido en el Capítulo 9: Proyecto de Modificación - Tercer ITS de la Unidad Minera Uchucchacua



De otro lado, y conforme con el Cuadro 9.3.9 del ITS, se observa que el Objetivo 4 también considera, durante este periodo adicional de 2 años y 8 meses, a los componentes de la U.M

Uchucchacua aprobados en instrumentos de gestión previo a la MEIA-d Uchucchacua, cuyo estado se muestra continuación:

**Tabla 2: Componentes aprobados en IGA previos a la MEIA-d Uchucchacua que requieren continuidad producto del Objetivo 4**

Componente	IGA de aprobación	Continuidad del Componente
Labores subterráneas (incluye bocaminas y chimeneas)	1, 5, 7, 8, 9	El plan de avance y profundización de labores subterráneas aprobado en la Modificación del EIA-d toma en consideración las labores aprobadas en IGA previos, dado que se emplean bocaminas existentes para acceder hacia las zonas de avance y profundización y se hace uso de los sistemas de ventilación existentes.
Depósito de relaves No. 2	1, 8	El depósito de relaves No. 4 fue diseñado para almacenar relaves cianurados producto de la recuperación de los minerales presentes en los relaves antiguos de los depósitos No. 1 y No. 2. De esta manera, la Modificación del EIA-d comprende necesariamente que el depósito de relaves No. 2 se mantenga operativo.
Línea de conducción desde la laguna Caballococha hacia el reservorio Plomo-pampa (uso doméstico)	1	La operación de los componentes aprobados en la Modificación del EIA-d considera el uso de instalaciones como campamentos, viviendas y oficinas para el personal de la unidad, dentro de los cual está incluido necesariamente el abastecimiento de agua para uso doméstico y posterior tratamiento en la PTARD.
Planta de tratamiento de aguas residuales domésticas (PTARD)	4	
Almacén general	1	
Almacén de reactivos	4, 8	
Depósito de chatarra reciclable	1	
Depósito General	1	
Accesos	1	
Balanzas	1	
Casa de compresoras	2	
Oficina Zona Industrial	1	
Oficina Huantajalla	1	
Central Hidroeléctrica Patón	1	La operación de los componentes aprobados en la Modificación del EIA-d requiere el uso de instalaciones auxiliares, tales como almacenes, depósitos, accesos, balanzas, oficinas, por lo que está comprendido necesariamente que se mantengan operativos.
Subestación eléctrica Uchucchacua	1	
Almacenamiento de combustible	1	De manera similar, para la operación de los componentes aprobados en la Modificación del EIA-d, se requiere del abastecimiento de energía. Con respecto a la central hidroeléctrica, esta cuenta con una licencia de uso de agua y demás autorizaciones sectoriales. La reprogramación de actividades no implicará el incremento de los volúmenes autorizados de uso de agua ni de capacidad de producción.

Nota: (1) PAMA, aprobado mediante R.D. 125-97-EM-DGM

(2) EIA, aprobado mediante R.D. 366-98-EM-DGM/DPDM

(4) Primer ITS del EIA, aprobado mediante R.D. 465-2013-MEM-AAM

(5) Segundo ITS del EIA, aprobado mediante R.D. 070-2014-MEM-DGAAM

(7) MEIA-d aprobada mediante R.D. 637-2014-MEM-DGAAM

(8) Primer ITS de la MEIA-d, aprobado mediante R.D. 077-2017-SENACE/DCA

(9) Segundo ITS de la MEIA-d, aprobado mediante R.D. 056-2019-SENACE-PE/DEAR

Fuente: Cuadro 9.3.9 Componentes aprobados en IGA previos, incluido en el Capítulo 9: Proyecto de Modificación - Tercer ITS de la Unidad Minera Uchucchacua



53. En ese orden, (...) se aprecia que, el Objetivo 4 vincula tanto a componente de la Unidad Minera Uchucchacua cuya ejecución ya se ha iniciado, con otros cuya ejecución todavía no se ha dado inicio.

54. Es importante mencionar que, conforme con el Cuadro N° 1.9.6 del ITS entre estos componentes se encuentra: (i) Infraestructura de abastecimiento de agua, y, (ii) Infraestructura para el Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales y Efluentes Mineros, es decir, infraestructura que en sus operaciones involucra a cuerpos de agua.

Asimismo, a criterio de la segunda instancia, ninguno de los argumentos planteados por Compañía Minera Buenaventura rebatió lo resuelto por Senace, toda vez que:

- El literal c) del numeral 132.5. del Reglamento, referido al no impacto sobre cuerpos de agua, exige a la autoridad competente en evaluación ambiental a verificar la ausencia de impactos a cuerpos de agua. En otras palabras, que la modificación propuesta vía ITS no implique variar los impactos previamente aprobados en el IGA, respecto de los cuerpos de agua.
- Se constató que si bien la propuesta de modificación del Tercer ITS Uchucchacua se refiere a una reprogramación de actividades, en la práctica involucra a varias de las instalaciones existentes de dicha Unidad Minera ya construidas y operativas (entre ellos, la infraestructura de abastecimiento de agua y para el Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales y Efluentes Mineros), las cuales se requiere que sigan operando durante los 2 años y 8 meses adicionales.
- La variación del atributo duración (Du) supone la generación de impactos a cuerpos de agua no contemplados en la MEIA 2014 es correcta, pues la propuesta de reprogramación de actividades del Tercer ITS implica extender el espacio temporal de la ejecución del proyecto de la U.M. Uchucchacua y, por ende, que impactos previstos en el cuerpo de agua se manifiesten en un escenario que no fue evaluado en la MEIA-2014.
- El periodo adicional (que no fue considerado en la MEIA-d 2014), según la descripción del proyecto, seguirá generándose efluentes que tendrán que seguir disponiéndose en el río Patón, manifestándose -por ende- el impacto "Alteración de la calidad del agua superficial por incremento de la descarga de efluentes tratados" (2022, p.28-29).

Más aún, según detalla el Informe de la OAJ, en concordancia con los Informes No. 448-2021-SENACE-PE/DEAR y No. 00782-2021-SENACE-PE/DEAR, para que el titular demuestre que la extensión de las actividades no afectará cuerpos de aguas, sería necesario que realice un "modelamiento hidrogeológico en el cual se consideren las condiciones actuales" (2022, p. 20) y que la "evaluación del

impacto sobre la elevación del nivel freático y flujo subterráneo podrá evaluarse de manera cuantitativas a partir de la evaluación de los niveles piezométricos" (2022, p. 20).

Asimismo, se precisa que Senace verificó a través de su análisis que:

- i. El modelo hidrogeológico incluido en la MEIA-d no ha considerado simulaciones para el periodo de tiempo adicional que involucra el Objetivo 4.
- ii. Utilizar el análisis de la condición actual de la U.M. Tambonayo no es una fuente válida para determinar la existencia o ausencia de impactos por la implementación del Objetivo 4 porque se trata de una U.M. diferente y no considera información actualizada de niveles freáticos de la U.M. Uchucchacua.
- iii. Para actualizar el modelo hidrogeológico conceptual y, a su vez, elaborar el modelo numérico de simulaciones del flujo de agua subterránea, se debe contar con una red de monitoreo de agua superficial y subterránea (2022, p.20).

Conforme a los argumentos expuestos, se consideró valido lo resuelto por la DEAR Senace, que concluyó que no se podía asegurar si el supuesto de procedencia incluido en el literal c) del numeral 5 del artículo 132 del Reglamento haya sido cumplido en el extremo de no impactar cuerpos de agua; razón por la cual, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva 00006-2022-SENACE-PE, de fecha 7 de febrero de 2022, se resolvió declarar infundado el recurso de apelación.

Establecido el contexto de la evaluación, resulta pertinente remitirnos a las posiciones institucionales expuestas. Al respecto, cabe precisar que fueron dos informes emitidos por la DGAAM, a través de los cuales se atendieron las consultas de Buenaventura. El primero, el Informe No. 0127-2021/MINEM-DGAAM-DGAM, a través del cual se respondió, entre otras, la siguiente pregunta:

### **3.1.1. ¿Es viable que cambios en un ITS generen impactos negativos no significativos en cuerpos de agua ya considerados en el IGA aprobado?**

Ante dicha consulta, la DGAAM señaló lo siguiente (2021a, p. 6):



- 2.16 Asumiendo que la pregunta está referida a que si es viable la procedencia de una solicitud de ITS que involucra cuerpos de agua ya considerados en el IGA, debemos de considerar que de conformidad con el literal c) del numeral 5 del artículo 132 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo 040-2014-EM para la procedencia del ITS se debe verificar como supuesto “no ubicarse sobre, ni impactar cuerpos de agua, bofedales, pantanos, bahías, islas pequeñas, lomas costeras, bosque de neblina, bosque de relicto, nevado, glaciar, o fuentes de agua”.
- 2.17 Asimismo, según el numeral 3 del artículo 132 del mismo cuerpo normativo la autoridad ambiental competente durante el proceso de evaluación podrá solicitar información a las autoridades competentes, para la evaluación del instrumento de gestión ambiental, en el marco de sus competencias.
- 2.18 En ese sentido, considerando ambas disposiciones es posible concluir que resulta viable la procedencia de solicitud de un ITS que involucra cuerpos de agua considerados en el IGA aprobado. Para ello, la autoridad ambiental podrá pedir información a las autoridades para la evaluación del IGA.

El segundo documento es el Informe No. 0445-2021/MINEM-DGAAM-DGAM, a través del cual se atendió la siguiente consulta:

**3.1.2. ¿En qué supuestos se puede señalar que un ITS “involucra cuerpos de agua”? ¿Es posible interpretar que un ITS involucra a un cuerpo de agua si los cambios propuestos generan un impacto negativo no significativo en el agua?**

Al respecto, lo indicado en el numeral 2.18 del Informe No. 0127-2021/MINEM-DGAAMDGAM de que es posible la procedencia de un ITS que involucra cuerpos de agua considerados en el IGA aprobado, debe entenderse en el sentido de que las modificaciones propuestas pueden abarcar o comprender cuerpos de agua como parte de su implementación.

**3.1.3. Cuando la norma señala “ni impactar cuerpos de agua”, ¿qué debemos entender por el término “impactar” aplicable al inciso c) del numeral 132.5 del artículo 132?**  
Ante dicha consulta, la DGAAM, señaló lo siguiente:

- 2.7 A efectos de dar contenido al término “impactar” recogido en el literal c) del numeral 5 del artículo 132 del Reglamento Ambiental Minero, dicha disposición debe ser analizada conjunta e integralmente con otras normas enmarcadas en el SEIA. Es así que, de conformidad con el Anexo I del Reglamento del SEIA, “impacto ambiental” se define como la alteración positiva o negativa de uno o más de los componentes del ambiente, provocada por la acción de un proyecto.

- 2.8 En ese sentido, conforme establece el numeral 1 del artículo 132 del Reglamento Ambiental Minero, la propuesta de modificación que es materia de un ITS no debe incrementar el impacto ambiental que fue determinado previamente. Bajo ese contexto, dicha modificación no podría alterar o generar efectos en cuerpos de agua que no hayan sido evaluados previamente en el IGA aprobado; ni tampoco incrementar la significancia del impacto ambiental ya evaluado en el IGA aprobado (2021b, p.3).

Ahora bien, como se ha detallado, estos pronunciamientos fueron destacados en el marco del trámite presentado por Buenaventura ante Senace a fin de que se considerará que la propuesta del cambio del cronograma de actividades planteado en su Tercer ITS fuera aprobada.

Sin embargo, tal como se destacó líneas arriba, el Senace, lejos cuestionar abiertamente el alcance de dicha interpretación, destaco que coincidía con la misma, haciendo la salvedad que lo detallado por la DGAAM no debía suponer que ello permitía que un ITS consideraría impactos sobre los recursos hídricos. Algo que la interpretación de la DGAAM (2022) dejaba abierta cuando señalaba que:

(...) es posible concluir que resulta viable la procedencia de solicitud de un ITS que involucra cuerpos de agua considerado en el IGA aprobado, (...) la procedencia de un ITS que involucra cuerpos de agua considerados en el IGA aprobado, debe entenderse en el sentido de que las modificaciones propuestas pueden abarcar o comprender cuerpos de agua como parte de su implementación [o] la propuesta de modificación que es materia de un ITS no debe incrementar el impacto ambiental fue determinado previamente (...) Bajo ese contexto, dicha modificación no podría alterar o generar efectos en cuerpos de agua que no hayan sido evaluados previamente en el IGA aprobado; ni tampoco, incrementar la significancia (...).

Como se puede advertir entre líneas, la DGAAM dejaba la puerta abierta para que, a través de un ITS minero, se permitiera la generación de impactos en un cuerpo de agua, cuando la norma es explícita al señalar



como requisito de procedencia de dicho IGA complementario que lo planteado no se ubique sobre, ni impacte cuerpos de agua. Es decir, excluir la presencia de los recursos hídricos en la propuesta de un ITS y, en caso de considerarlos, demostrar que o hay impactos sobre los mismos.

La respuesta de la DGAAM llevaba el análisis de procedencia a valoraciones metodológicas de la evaluación de impacto ambientales negativos no significativos, obviando en cierta medida la razón de ser de los ITS, instrumentos de gestión ambiental de fácil y rápida evaluación, al tratarse de propuesta que no supusieran una evaluación de impacto ambiental compleja, como la que se realiza en las Modificación de Estudios Ambientales.

En ese contexto, la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental le solicitó al Senace que se pronunciara respecto a los Informes de la DGAAM, ello con la finalidad de contar con criterios uniformes.

Ante dicha solicitud, el Senace, a través de la Dirección de Gestión Estratégica en Evaluación Ambiental, expedió opinión sobre el pronunciamiento del MINEM al emitir el Informe No. 00041-2022-SENACE-PE-DGE/NOR, en el que se señaló lo siguiente:

- Los términos “involucrar, abarcar o comprender” cuerpos de agua no forman parte del contenido del literal c) del numeral 5 del artículo 132 del Reglamento Ambiental Minero. En tal sentido, podrían encontrarse contradicciones fácticas al hacerse referencia a que una modificación vía ITS abarque o comprenda cuerpos de agua pero que no lo impacte.
- La DGAAM no sustenta a partir de qué método de interpretación concluye que forma parte del alcance de la norma analizada los términos “comprender, abarcar e involucrar” cuerpos de agua; solo cita un numeral del artículo 132 del Reglamento Ambiental Minero que hace referencia a las solicitudes de información a las autoridades competentes en el momento de la evaluación del ITS.
- En el Informe No. 00782-2021-SENACE-PE/DEAR, la DEAR Senace señaló que el supuesto de procedencia respecto al no impacto sobre cuerpos de agua exige a la autoridad competente en evaluación ambiental a verificar la ausencia de impactos; en otras palabras, que la modificación propuesta (vía ITS) no implique variar los impactos previamente aprobados en el IGA (respecto de los cuerpos de agua), o no incluir impactos nuevos o adicionales que varíen los aprobados en el IGA.
- A modo de ejemplo, el numeral 5 del artículo 132 del RPAAM regula otros supuestos de no procedencia de ITS, como el literal d. referido a no afectar centros poblados o comunidades, no considerados en el IGA aprobado y vigente; el cual, a diferencia del literal c, sí permite incluir una excepción a la afectación de centros poblados o comunidades (siempre que se encuentren en el IGA). Es

decir, si el literal c. en cuestión tuviera la finalidad de aplicar excepciones a su regulación, se hubiera redactado de manera similar al literal d (2022, pp. 2-4).

Como se puede advertir, la posición del Senace y la DGAAM presentan un conflicto en cuanto a su enfoque y alcance, en la medida que el MINEM su considera que a través de la propuesta de modificación vía ITS se puedan contemplar impactos, mientras que para Senace, eso se encuentra proscrito.

Es importante destacar además que cuando la DGAAM sostiene que: “(...) dicha modificación no podría alterar o generar efectos en cuerpos de agua que no hayan sido evaluados previamente en el IGA aprobado; ni tampoco, incrementar la significancia”. Es decir, retira la discusión del ámbito de lo legal, donde está la prohibición para enmarcarla dentro de lo metodológico, cuando justamente eso que quiere evitar el requisito de procedencia, que tenga que ser objeto de evaluación de impacto ambiental si se generan o no impactos ambientales sobre los recursos hídricos. Desde el instante que, a partir del análisis de una modificación vía ITS, se empiezan advertir impactos sobre recursos hídricos, dicho extremo ya resulta improcedente.

Finalmente, cabe destacar el rol articulador del Ministerio del Ambiente, que no deja dicha opinión en el aire, sino que hace participe al Senace en su análisis y valoración a fin de que en su rol de ente rector del SEIA emita un pronunciamiento que oriente la adecuada aplicación de los instrumentos de gestión ambiental complementarios al SEIA, como el ITS. Resulta fundamental ser lo más claros posibles a fin de evitar interpretaciones contradictorias que supongan un riesgo para los recursos naturales asociados al desarrollo de proyectos de inversión.

### **3.2. La gestión de los instrumentos de gestión ambiental correctivos: Regulación, evaluación y coordinación institucional en caso de desaprobación de los Planes Ambientales Detallados (PAD) en minería**

Los instrumentos de gestión ambiental correctivos son IGAs creados con la finalidad de regularizar el que sería una de las afrontas



más graves contra el SEIA: ejecutar actividades o realizar modificaciones sin contar previamente con la correspondiente certificación ambiental.

Por ejemplo, en el caso del sector minero, se han podido identificar hasta tres normas que han regulado este supuesto de hecho: i) Decreto Supremo 078-2009-EM, que aprobó el Plan de Remediación Ambiental y el Estudio Ambiental excepcional como instrumentos de gestión ambiental correctivos; ii) Decreto Supremo 040-2014-EM, que aprobó el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, que aprobó la Memoria Técnica Detallada; y iii) Decreto Supremo 013-2019-EM, que dictó disposiciones para la modificación del Reglamento para el Cierre de Minas, aprobado por Decreto Supremo No. 033-2005-EM y en cuyo ámbito se reguló el Plan Ambiental Detallado.

Una regla que se repite en todas estas normas es que, además de regular un instrumento que permita regularizar la habilitación de componentes sin certificación ambiental, se sostiene que se regula un supuesto hecho de manera excepcional y por única vez.

Ahora bien, si partimos de la premisa de que la exigibilidad del SEIA se instaura a partir de la aprobación del reglamento ambiental sectorial, resulta discutible la aprobación de regulación sobre nuevos IGAs correctivos con posterioridad a la aprobación de la respectiva norma sectorial. Cabe advertir que algunos reglamentos en su contenido contemplaron un instrumento de gestión ambiental correctivo (o también llamado de adecuación) para regularizar este tipo de actividades<sup>(8)</sup>.

Ahora bien, corresponde distinguir dos supuestos de hecho para los correctivos. El primer escenario se aplica a aquellos titulares de actividades en curso que cuenta con certificación ambiental y que han implementado componentes/actividades o realizado modificaciones/ampliaciones sin certificación ambiental. Es decir, la operación principal tiene certificación ambiental pero las acciones añadidas no.

El segundo escenario es el caso de titulares que desarrollan sus actividades por completo sin certificación ambiental. Este escenario es más grave, pero en algunos sectores podría resultar hasta cierto punto resulta plausible, dado que, si bien la obligatoriedad de contar con certificación ambiental se estableció con la ley en el año 2001, esta recién se regularía sectorialmente con la aprobación de cada reglamento. Esto brindaría un argumento para justificar el hecho que ciertas actividades no contarán con certificación ambiental al

momento de inicio de sus operaciones. Este es el caso, por ejemplo, del Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Agrario aprobado mediante Decreto Supremo 019-2012-AG, que contempló como instrumentos de adecuación la Declaración Ambiental de Actividades en Curso (DAAC), cuando no generen impactos ambientales negativos significativos, y el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), cuando generen impactos ambientales negativos significativos.

En el caso del sector electrónico, en su reglamento aprobado en el año 2019, se contempló el mismo instrumento, el Plan Ambiental Detallado, para ambos supuesto: a) en caso desarrolle actividades de electricidad sin haber obtenido previamente la aprobación del Estudio Ambiental o Instrumento de Gestión Ambiental complementario correspondiente; y b) en caso de actividades eléctricas no contempladas en el supuesto anterior, que cuenten con Estudio Ambiental o Instrumento de Gestión Ambiental complementario y se hayan realizado ampliaciones y/o modificaciones a la actividad, sin haber efectuado previamente el procedimiento de modificación correspondiente.

En el sector industria y comercio interno se presenta una situación similar con la regulación de la adecuación ambiental de las actividades en curso regulada en el reglamento del año 2015. Con ella, se establece de manera general que el titular que viene ejecutando sus actividades sin contar con el instrumento de gestión ambiental aprobado debe solicitar a la autoridad competente la adecuación ambiental. Por un lado, en caso que se establezca que los impactos ambientales, negativos, reales y/o potenciales son caracterizados como leves, generados o identificados, se gestionaría a través de la Declaración de Adecuación Ambiental (DAA). Por otro lado, se requeriría de un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), cuando los impactos ambientales, negativos, reales y/o potenciales

(8) Cada reglamento sectorial ha contemplado un instrumento de gestión ambiental para titulares de actividades que, contando con instrumento de gestión ambiental vigente, realizaron actividades o ejecutado proyecto sin haber obtenido previamente la correspondiente certificación ambiental. En el caso minero, tal como se indicó, se aprobó la Memoria Técnica Detallada (2014); en el caso del sector hidrocarburos, el Plan de Adecuación Ambiental (2014).



son caracterizados como relevantes, generados o identificados en el área de influencia de la actividad en curso.

Por la regulación de los instrumentos y la redacción referida a la obligatoriedad de la certificación ambiental, pareciera que la exigibilidad de la misma recién se consideró a partir de la entrada en vigencia de la norma, obviándose que anterior a esta existieron diversas disposiciones que regularon el trámite de evaluación de impacto ambiental en el sector industria.

Asimismo, cabe resaltar la regla establecida en la Cuarta Disposición Complementaria Final que estipula que la adecuación ambiental de los titulares que no cuenten con instrumento de gestión ambiental aprobado se daría en un plazo máximo de tres (03) años. Sin embargo, dicho plazo fue ampliado nuevamente “por única vez y de manera excepcional”, mediante Decreto Supremo 006-2019-PRODUCE, por un plazo máximo de 24 meses, contado a partir del 28 de junio de 2019 para el caso de DAA y del 29 de junio de 2021, para el caso de los PAMA.

Este hecho demuestra la ineeficacia de la fiscalización ambiental para todos los titulares que se han visto favorecidos con dicha ampliación, y se encuentra detallado en el Anexo del citado Decreto Supremo, la propia norma lo señala con cierto descaro, valgan verdades:

Los titulares que desarrollen las actividades consignadas en el Anexo del presente Decreto Supremo no incurren en incumplimiento de la obligación de contar con instrumento de gestión ambiental, durante el plazo antes indicado. Sin perjuicio de ello, el OEFA realizará acciones de supervisión priorizando un enfoque orientativo. Durante el periodo de adecuación, el titular no incurre en infracción administrativa sancionable por incumplimiento de la obligación a que se refiere la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno, aprobado por Decreto Supremo 017-2015-PRODUCE.

Como se puede advertir, estos instrumentos de gestión ambiental correctivos debilitan la lógica preventiva del SEIA al dejar en el aire la esencia del sistema: que los impactos sean previstos y se establezcan medidas de manejo desde una perspectiva preventiva.

A ello habría que sumar que a la fecha no se cuenta con una metodología para el análisis de impactos reales. Este es un aspecto de fondo que debería abordarse a la brevedad no solamente con la finalidad de garantizar predictibilidad en los administrados, sino; además, de brindar criterios que limiten a la subjetividad del evaluador y establezca un análisis riguroso ante actividades que se han implementado sin considerar las premisas de la evaluación de impacto ambiental y que pueden ser, operativamente hablando, sumamente ineficientes para los objetivos que se pretenden alcanzar (cumplimiento de la calidad ambiental, protección de ecosistemas y aprovechamiento sostenible de recursos naturales y la salud humana).

Finalmente, es importante que se ponga un límite a la regulación de los instrumentos correctivos y se evalúen acciones desde la fiscalización ambiental que conlleven mayor firmeza para enfrentar actividades que en términos estrictos son informales, cuando no ilícitas.

### **3.3. La actualización como instrumento para perfeccionar el cumplimiento de compromisos ambientales**

La actualización de estudios ambientales constituye un instrumento de gestión ambiental que permite integrar en una sola estrategia de manejo ambiental a todos los compromisos ambientales actualizados contenidos en los instrumentos de gestión ambiental de los proyectos de inversión. En esa medida, favorece la planificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales y contribuye con la fiscalización ambiental.

Ahora bien, distintos sectores han regulado con mayor o menor detalle su aplicación; por ejemplo, en el caso del sector minero el Artículo 50-A del Reglamento Ambiental Minero, precisa que la implementación de las medidas de contingencias no previstas en el Instrumento de Gestión Ambiental deberán ser incluido en la actualización del mismo. Es decir, en la oportunidad que corresponda dentro del periodo de cinco establecidos en el Artículo 30 del Reglamento de la Ley del SEIA y recogido en el Artículo 128 del Reglamento Ambiental Minero.

Por su parte, el Artículo 60 del Reglamento Ambiental Minero precisa que el Plan de Gestión Social puede ser objeto de revisión y actualización por parte del titular o por disposición de la autoridad competente o la autoridad de fiscalización en el procedimiento de actualización o modificación de los estudios ambientales. Esta situación se presenta esencialmente cuando dicho documento no considera metas, indicadores e incluso un cronograma para el cumplimiento para cada uno de sus planes, programas, proyectos o actividades que permitan la realización de autoevaluaciones por parte del titular minero, la fiscalización y seguimiento.

A partir de este supuesto, podemos advertir algunas de las debilidades que presenta su laxa regulación. Por ejemplo, si



nos encontramos ante un estudio de impacto ambiental cuyos compromisos sociales no precisan los beneficiarios, las metas/indicadores, el cronograma y presupuesto de ejecución, en la práctica estamos ante un instrumento de gestión ambiental que resulta imposible de supervisar.

Ello sucede en tanto que, al no tener identificados a los beneficiarios, se restringe la posibilidad de determinar si efectivamente se ha atendido al público objetivo de la evaluación de impacto ambiental, quienes son los actores que forman parte del área de influencia. Asimismo, si no se cuenta con metas/indicadores, no se puede estimar cuál es el logro esperado, el número de personas que se espera alcanzar o el porcentaje de beneficiarios por cada compromiso social. Finalmente, si no se cuenta con un cronograma detallado (cuando menos anualizado o dividido por semestres) y el presupuesto que se ejecutará, no se pueda realizar el seguimiento de los programas sociales, toda vez que los plazos se enmarcan en las etapas del proyecto, antes de finalizar la etapa de construcción u operación, lo que en la práctica la resta eficacia a los compromisos sociales, legitimada al proyecto y confianza en la autoridad ambiental que aprobó dicho estudio ambiental.

Cabe indicar que este desenlace se ha evidenciado en decisiones del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, como la detallada en la Resolución No. 115-2020-OEFA/TFA-SE correspondiente al recurso de apelación interpuesta por Anglo American Quellaveco S.A., contra la decisión emitida por la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (DFAI).

Según sostiene el Tribunal, la DFAI constituyó que los compromisos establecidos en la Cuarta MEIA son exigibles desde el inicio de las actividades de la etapa de construcción y se limitó a tomar en cuenta el cronograma de las actividades de construcción del túnel de desviación del río Asana y la implementación de la barrera de desvío de dicho río. Sin embargo, para el Tribunal, se advierte que, en tanto se precisa de manera general que la ejecución de los compromisos socioambientales<sup>(9)</sup> hace referencia a la etapa de construcción, operación y cierre, el cumplimiento de los mismos sería en tres oportunidades: (a) luego del término del cronograma de la etapa de construcción; (b) finalizado el cronograma de la etapa de operación; y (c) culminado el cronograma de cierre. Más aún, se indica que al no haber evaluado el cronograma general de las actividades de construcción del proyecto Quellaveco -a efectos de verificar el inicio y el fin de la etapa de construcción- se ha determinado prematuramente la exigibilidad de los compromisos establecidos en el instrumento de gestión ambiental (OEFA, 2020, pp. 20-21).

Como se puede evidenciar una descripción general de la etapa en la que se deberá cumplir el compromiso social, así como la falta de detalle respecto al periodo en que iniciará su cumplimiento, entiéndase años (divididos en trimestres o semestres, por ejemplo) limita en gran medida la posibilidad de realizar una adecuada labor de supervisión ambiental.

En esa medida, conforme al marco legal vigente (Artículo 30 del RSEIA), correspondería al administrado esperar hasta el quinto año para presentar los cambios correspondientes a través de una versión actualizada. No obstante, tal como lo ha precisado el propio Senace, dichos cambios se enmarcarían en una propuesta de medidas de manejo adicionales a las contenidas en los instrumentos de gestión ambiental, cuyo criterio de evaluación y nivel de detalle dependerá del criterio que aplique la autoridad evaluadora.

En este punto, cabe resaltar que el propio artículo 6 reconoce la posibilidad de que la identificación de estos vacíos se realice en el marco las funciones de fiscalización ambiental y, por ende, ya no se tenga que esperar a que cumplan los cinco (5) años para que el administrado presente su actualización o de mutuo propio decida presentar una Modificación de Estudio de Impacto Ambiental (MEIA). En este escenario, el mandato de la autoridad de supervisión sería el camino más idóneo para contemplar las mejoras en los compromisos ambientales a cargo de los administrados y así resolver diferente tipo de vacíos. Ello, en tanto que, al pasar por el tamiz del análisis realizado por el OEFA, se tiene ya una identificación del aspecto que debe ser mejorado, lo que limita la discrecionalidad del administrado y garantiza la eficacia del instrumento de gestión ambiental.

En este punto, cabe destacar que conforme al Artículo 30 del Reglamento de Supervisión de OEFA (Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD), se precisa respecto a los requerimientos sobre

(9) Los compromisos sociales objeto de fiscalización y que habían sido declarado incumplidos en la primera instancia fueron: a) Entrevistar a los actores clave para registrar su nivel de información respecto del Plan de Relaciones Comunitaria, coordinadas por la Gerencia de Comunicaciones; b) Difundir los resultados de las actividades de monitoreo de cumplimiento del Plan de Relaciones Comunitarias, y del monitoreo ambiental, a través de boletines impresos y anuncios radiales.



los instrumentos de gestión ambiental que estos se dictan en los siguientes supuestos: (i) cuando se determine que los impactos ambientales negativos generados por el desarrollo de la actividad del administrado difieren de manera significativa a los declarados en el instrumento de gestión ambiental, así como la normativa vigente en la materia; u, (ii) otros supuestos establecidos en la normativa que rige el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Al respecto, cabe indicar que ya se ha planteado que el marco legal en materia de evaluación de impacto ambiental, específicamente en lo que corresponde al trámite de una MEIA, limita o restringe la posibilidad de impulsar dicho trámite, toda vez que se encuentra regulado sobre la base de la iniciativa del administrado. Aquello resulta perjudicial para los efectos que se pretende conseguir, que en un tiempo razonable, el instrumento de gestión ambiental contemple los impactos no previstos originalmente al momento de otorgar la certificación ambiental y establezca medidas de manejo ambiental (García, 2022).

En esa medida, podría utilizarse a la actualización por mandato de OEFA como un procedimiento más célere y dinámico que, a diferencia del mandato de modificación que, para impactos no previstos, requiere como mínimo el trámite de un ITS y está sujeto a los términos y condiciones que establezca el administrado dada la naturaleza de la regulación en materia de evaluación de impacto ambiental.

Asimismo, cabe destacar que este procedimiento de actualización debe extenderse a las disposiciones que regulan la calidad ambiental, ya sea en la aplicación de Estándares de Calidad Ambiental, en los instrumentos de gestión ambiental aprobados o en la adecuación de las actividades en operación que cuenta con instrumentos de gestión ambiental al cumplimiento de nuevos Límites Máximos Permisibles.

Ello, en tanto que en las medidas de adecuación se contempla que se realizarán en la actualización o modificación del instrumento de gestión ambiental aprobado; en principio, respecto de la modificación, se realizará cuando el administrado lo considere pertinente y para el caso de la actualización antes que se cumplan los cinco (5) respecto de la última actualización presentada.

Por lo tanto, resulta indispensable estandarizar un plazo mínimo para la presentación de la actualización que contenga los ajustes a las medidas de manejo ambiental para el cumplimiento del Estándar de Calidad Ambiental o Límite Máximo Permisible aprobado. El dictado de estas normas supone, tal como se planteó en la introducción, una variable determinante para saber si estamos ante un medio ambiente contaminado o no, y por ende constituye un elemento clave para mejorar la gestión ambiental de proyectos de inversión.

Asimismo, resulta pertinente destacar que el Ministerio del Ambiente, en un momento, contempló como prioridad regular el procedimiento de actualización de estudios ambiental. Ello se evidencia a partir de la Resolución Ministerial 056-2017-MINAM, que pre publicó el proyecto de Decreto Supremo que aprobaba las "Disposiciones para la Actualización y Modificación de Estudios Ambientales para la Mejora Continua de los Proyectos de Inversión Sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)". Esta medida establecía reglas transversales aplicables a todos los proyectos de inversión que hubiera permitido mejorar las herramientas para el ejercicio de la fiscalización ambiental.

Como anécdota, a modo de cierre, cabe destacar que el sector hidrocarburos no cuenta con disposiciones sectoriales en materia de actualización de estudios ambientales. En ese sentido, si observamos la gestión ambiental de Refinería La Pampilla, advertiremos que a la fecha cuenta con más de 19 estudios ambientales aprobados entre un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Estudios de Impacto Ambiental, EIA preliminar, EIA-sd, Plan de Manejo Ambiental, ITS, MEIA, entre otros. En esa medida, la integración de todos los compromisos ambientales aprobados en merito al cumplimiento de la obligación de actualización de sus estudios ambiental o por mandato de OEFA hubiera significado una oportunidad para que el REPSOL advirtiera el alcance de sus obligaciones ambientales. Asimismo, hubiera significado un apoyo para que la autoridad de fiscalización ambiental contara con mejor información a partir de un solo documento actualizado que hubiera sido de mucha ayuda, durante su intervención en el marco del derrame de hidrocarburos en el mar de Ventanilla.

## 4. Conclusiones

En conclusión, el Senace debe constituirse en la institución clave para consolidar la legitimidad estatal en materia de evaluación de impacto ambiental. Para ello, resulta indispensable impulsar no solamente la conclusión del proceso de transferencia de funciones de las autoridades sectoriales en



materia de EIA-d, sino, además funciones relacionadas con evaluación de los EIA-sd correspondientes a los subsectores minería, hidrocarburos, electricidad, agricultura, y transportes.

Asimismo, resulta necesario que el Ministerio del Ambiente retome el análisis de las oportunidades de mejora en materia de evaluación de impacto ambiental. Si bien mantiene un rol valioso como ente rector que articula y orienta la aplicación de las disposiciones del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, también se debe impulsar la regulación del marco legal en torno a la evaluación de instrumentos de gestión ambiental correctivo, así como limitar que se sigan imponiendo por la autoridades sectoriales como una salida para mantener algunas actividades en la completa informalidad.

De igual manera, resulta indispensable que se implementen procedimientos que resulten agiles e idóneos para atender los retos ambientales derivados del desarrollo de proyecto de inversión. En esa línea, la actualización de los estudios ambientales constituye un elemento clave para trascender en dicha tarea.

## Referencias bibliográficas:

Caudillo, E., Frerichs, E., Fuentes, A., González, K., Chamness, S., Morales, J., Ponce, A., Rojas, L., y Vizeu, M. (Eds.). (2020). *Environmental Governance Indicators for Latin America & the Caribbean*. Banco Interamericano de Desarrollo. [http://dx.doi.org/10.18235/0002398](https://dx.doi.org/10.18235/0002398)

Congreso de la República. (1999). Diario de los Debates. Segunda Legislatura Ordinaria de 1998. Segunda Sesión. Jueves 4 de marzo de 1999. <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicacion.nsf/75768da1dbf5b934052566d7006034dd/052564b400212fe10525672a006ed8b3?OpenDocument>

Defensoría del Pueblo. (2007). Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en

el Perú (Informe Extraordinario). [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/inf\\_extraordinario\\_04\\_07.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/inf_extraordinario_04_07.pdf)

Defensoría del Pueblo. (2022). Reporte sobre conflictos sociales (Informe no. 223 - Setiembre 2022). <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/10/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%BA-223-Setiembre-2022.pdf>

García, E. (2022). La urgente articulación entre la certificación y la fiscalización ambiental, a propósito del requerimiento de modificación del estudio de impacto ambiental del proyecto minero Las Bambas. *LUMEN*, 18(1), pp. 102-128. <https://doi.org/10.33539/lumen.2022.v18n1.2558>

Ministerio de Energía y Minas. (2021, 11 de marzo). Informe No. 0127-2021/MINEM-DGAAM-DGAM.

Ministerio de Energía y Minas. (2021, 27 de agosto). Informe No. 0445-2021/MINEM-DGAAM-DGAM.

Ministerio de la Producción. (2019, 1 de marzo). Decreto Supremo 069-2019-PRODUCE. Que modifica el Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno.

Ministerio de la Producción. (2022, 8 de junio). Decreto Supremo 017-2015-PRODUCE. Que aprueba el Reglamento de Gestión Ambiental para la Industria Manufacturera y Comercio Interno.

Ministerio del Ambiente. (2022, 26 de enero). Decreto Supremo 004-2022-MINAM. Que aprueba Disposiciones para el Procedimiento Único del Proceso de Certificación Ambiental del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - Senace.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2020, 31 de mayo). Resolución No. 0397-2021-OEFA/DFAI-SFAP. Subdirección de Fiscalización en Actividades Productivas.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2020, 16 de julio). Resolución No. 115-2020-OEFA/TFA-SE. Tribunal de Fiscalización Ambiental. Sala Especializada en Minería, Energía, Actividades Productivas e Infraestructura y Servicios.

Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. (2021). Informe No. 0448-2021-SENACE-PE/DEAR.

Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. (2022a). Informe No. 00022-2022-SENACE-GG/OAJ. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2811247/Informe\\_00022\\_2022\\_SENACE\\_GG\\_OAJ.pdf.pdf?v=1644289505](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2811247/Informe_00022_2022_SENACE_GG_OAJ.pdf.pdf?v=1644289505)

Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. (2022b). Resolución de Presidencia Ejecutiva No. 00006-2022-SENACE-PE. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2811246/Resoluci%C3%B3n%20de%20Presidencia%20Ejecutiva\\_00006\\_2022\\_SENACE\\_PE.1.pdf.pdf?v=1644289505](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2811246/Resoluci%C3%B3n%20de%20Presidencia%20Ejecutiva_00006_2022_SENACE_PE.1.pdf.pdf?v=1644289505)

Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles. (2022c). Informe No. 00041-2022-SENACE-PE-DGE/NOR.



# Gobierno Corporativo y Corrupción Empresarial en las Empresas Estatales<sup>(\*)</sup>

*Corporate Governance and Corruption at State-Owned Firms*

**Gian Carlo Vega Carrasco<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Edison Tabra Ochoa<sup>(\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** Actualmente, la corrupción es uno de los principales problemas existentes en el Perú, de acuerdo con la última encuesta de percepción sobre la corrupción; este es el segundo mayor problema para el país siendo el primero la inseguridad ciudadana.

En los últimos años el Perú ha vivido muchos escándalos de corrupción relacionados de forma estrecha con empresas del sector privado, como los casos Lava Jato, Club de la Construcción entre otras; donde destacan la participación de empresas públicas de derecho privado como Petroperú. Por este motivo, se propone impulsar herramientas como la gobernanza de los principios del buen gobierno corporativo como un mecanismo de prevención de la corrupción corporativa.

**Palabras clave:** FONAFE - Petroperu - Empresa Estatal - Corrupción Empresarial - Políticas Anticorrupción - Gobierno Corporativo - Derecho Corporativo

**Abstract:** Currently, according to the latest survey of perception on corruption in Peru corruption is the second biggest problem for the country, the first being citizen insecurity.

In recent years, Peru has experienced many corruption scandals closely related to private sector companies, such as the Lava Jato, Club de la Construcción cases, among others; where the participation of public companies under private law such as Petro Perú stands out. For this reason, it is proposed to promote tools such as the governance of the principles of good corporate governance as a mechanism for the prevention of corporate corruption.

**Keywords:** FONAFE - Petroperu - State-Owned Firm - Corporate Corruption - Anti-Corruption Policies - Corporate Governance - Corporate Law

(\*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 25 de septiembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 21 de noviembre de 2022.

(\*\*) Abogado por la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú). Magíster en Derecho y Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Corporativo y anticorrupción. Docente Universitario en la Escuela de Posgrado de la Universidad Cesar Vallejo. Miembro de la Red de la Academia contra la Corrupción en las Américas y del Grupo de Investigación de la Maestría de Derecho y Empresa de la PUCP. Asesor en la Embajada de la República de Corea. Asociado en el Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0551-7925>. Correo electrónico: gianvc@gmail.com.

(\*\*\*) Abogado por la Universidad Peruana Los Andes (Huancayo, Perú). Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor por la Universidad de Navarra. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Compliance por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro asociado del European Corporate Governance Institute y el Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Consultor en Gobierno Corporativo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6126-841X>. Correo electrónico: etabra@pucp.edu.pe.



## 1. Introducción

En la actualidad, el combate a la corrupción se ha convertido en uno de los problemas más importantes en la agenda de los Estados y de las empresas. El Perú no está exento de los riesgos institucionales y de las consecuencias jurídicas que el fenómeno de la corrupción genera en su sociedad. La corrupción genera pérdidas económicas al erario, afecta el crecimiento, el desarrollo de su economía, afecta su institucionalidad pública, perjudica su seguridad jurídica y desincentiva la llegada de nuevas inversiones extranjeras. Así, de acuerdo con el índice de percepción de la corrupción 2021, (elaborado por Transparencia Internacional) el Perú ocupa el puesto 105 de 180 países evaluados, estando dentro del grupo de naciones con altos niveles de corrupción con un índice de 36 puntos sobre 100; mientras que, al contrario, la máxima puntuación la posee Dinamarca y Finlandia, que comparten el primer puesto de la lista con índices de 88 cada uno.

En este contexto, los casos como el Club de la Construcción o el Lava Jato ilustran la presencia e influencia que desarrolla la corrupción en el sector privado, también conocida como corrupción corporativa. De este modo, la relación entre el sector privado y el sector público puede generar casos de corrupción porque las empresas buscan obtener beneficios económicos indebidos a costa del sector público. Por ejemplo, la obtención de la licitación de un contrato de concesión sin cumplir con la experiencia. Este fenómeno de la corrupción corporativa en el sector privado también es posible de presentarse en las empresas estatales con idénticos resultados.

Por otro lado, a pesar de que el Perú cuenta con una sólida legislación anticorrupción con sanciones muy severas, los casos de corrupción han aumentado. Asimismo, la creciente implementación de programas de prevención tampoco garantiza la disminución de actos de corrupción al interior de las empresas. Por este motivo, consideramos importante explorar otras alternativas efectivas para controlar o reducir el alto número casos de corrupción empresarial sin que necesariamente sea desde un punto vista penal. Este artículo desarrollará un conjunto de propuestas que promuevan la implementación de prácticas de buen gobierno corporativo en las empresas estatales con el objetivo que prevenir actos de corrupción corporativa. La elaboración de dichas propuestas se ha hecho en base al análisis aplicado a las empresas estatales supervisadas por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (en adelante, "FONAFE") y, también, en la experiencia de Petróleos del Perú (en adelante, "Petroperú").

Como conclusión, podríamos decir que las prácticas de gobierno corporativo en las empresas estatales pueden reducir sus riesgos de corrupción corporativa. Estas prácticas pueden incrementar el grado de eficiencia de los programas de cumplimiento, aunque no necesariamente dependan de su implementación y funcionamiento. Por último, el directorio asume una labor relevante en la lucha contra corrupción corporativa por cuanto se constituye en el órgano de gobierno encargado de la aprobación y supervisión de las políticas anticorrupción en la empresa estatal. Por ende, la revisión de criterios como el perfil ético, formación académica y experiencia laboral, y la independencia del partido político de gobierno, entre otros aspectos, son requisitos básicos que deben cumplir los candidatos al cargo de director de una empresa estatal.

## 2. El fenómeno de la corrupción corporativa en el Perú

De acuerdo con la XI Encuesta Nacional Anual sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú, elaborada por Proética, la corrupción es percibida como el segundo problema más importante en el Perú, solo detrás de la inseguridad ciudadana. Este hecho no es aislado, ya que en los últimos años la corrupción se ha mantenido como uno de los principales problemas nacionales. Quiroz (2018) menciona que, a través de su historia, la corrupción en el Perú siempre ha sido un problema recurrente en el país desde su independencia, su posterior fundación como república, y hasta la actualidad<sup>(1)</sup>. La corrupción ha sido comúnmente asociada con otros problemas, como la falta de institucionalidad, la inseguridad jurídica, la falta de valores éticos, entre otros que suelen ser atribuidos como los causantes de su existencia. Asimismo, se convierte en un agente promotor de que los Estados incumplan con sus compromisos de reducir las violaciones al medio ambiente y a los derechos humanos (Hostetler, 2011, p. 232).

(1) Fanjul refiere que el fenómeno de la corrupción en Latinoamérica se entiende como un medio útil de distribución de poder y recursos que sirven para generar y mantener lealtades (2008, p. 739).



En el caso de las empresas, Hess menciona que las compañías tienen altos incentivos de sostenibilidad a largo plazo para no involucrarse en casos de corrupción. Sin embargo, las “presiones a corto plazo” las obligan a tomar parte de actos corruptos (2012, p. 47). Esto se debe al “problema de seguridad” o *assurance problem*, término que fue creado por Nichols (2004). Este propone que un actor económico (empresa) en un sistema potencialmente corrupto tiene que tomar una decisión: si decide no cometer actos de corrupción y los demás agentes económicos hacen lo mismo, entonces todos han logrado un premio (no cometer actos de corrupción). Al contrario, si dicho actor no comete actos de corrupción y los demás agentes sí lo hacen, entonces no cosechará beneficio alguno o este será mínimo (2004, p. 1330).

Así, en el país son cada vez más frecuentes los escándalos de corrupción empresarial que han involucrado a las más altas autoridades políticas del país y a empresas de gran relevancia en el mercado nacional, siendo los casos más conocidos como los del Club de la Construcción y Lava Jato, donde se han investigado más de 123 empresas que presuntamente habrían cometido actos de corrupción corporativa como el cohecho, el tráfico de influencia y la obstrucción a la justicia. También hay que sumarle nuevos casos que se han descubierto en los últimos años en el sector de la construcción y que siguen en proceso de investigación, tales como el presunto Club de la Construcción Chino. Se estima que todos estos casos podrían representar un perjuicio económico al Estado peruano por más de \$8,896 millones de dólares por casos de corrupción corporativa. Este hecho demuestra que, por más que se han hecho esfuerzos por combatir la corrupción de parte del gobierno y de los gremios empresariales, muchas empresas evitan cometer actos de corrupción, ya que es la mejor manera de garantizar la supervivencia en el mercado.

Uno de los motivos que explican esta situación es precisamente el incremento de los volúmenes de contratación pública que los gobiernos han realizado en los últimos años. De ahí que el incentivo de las empresas, incluso las grandes multinacionales, pueden cometer actos de corrupción a cambio de suscribir contratos con el Estado resulta atractivo y tolerable (Fanjul, 2008, p. 743). También influyen en el interés de un sector de la población de postular

a ocupar cargos públicos de representación, porque son la plataforma perfecta que permite convertirse en agentes de intermediación efectiva entre la administración pública y las empresas postoras a cambio de sobornos, pago de favores u otras formas de corrupción. Por su parte, las empresas encuentran a la corrupción como el medio eficiente de obtener beneficios de parte de estado y, por ende, se convierten en plataformas de financiamiento de campañas electorales a cambio de recibir un obra o concesión como contraprestación económica. Este panorama, por tanto, requiere de cambios tanto en el sector empresarial, ya que la corrupción es tolerada y vista como un medio de inversión a corto, mediano y a largo plazo, y, en muchos casos, como esencial para la supervivencia de la organización en el mercado.

### 3. Elementos conceptuales de la corrupción empresarial o corporativa

La corrupción corporativa puede definirse como el uso de sobornos o el tráfico de influencias usado por los empresarios para lograr ventajas indebidas en perjuicio del Estado. Este tipo de corrupción se caracteriza por la participación de los actores privados, como son las empresas. Hostetler la define como el conjunto de sobornos que reciben los funcionarios públicos para evitar que desempeñen una labor neutral y, al contrario, favorezca determinados intereses -los suyos- (2011, p. 232). Contrariamente a lo que se pueda creer, el fenómeno de la corrupción empresarial ha recibido poca atención de la academia<sup>(2)</sup>. Por su parte, las organizaciones internacionales también carecen de consenso sobre su definición<sup>(3)</sup>. Castro et al (2020) la define como el mal uso del cargo o

- 
- (2) Hodgson y Jiang encontraron que la mayor parte de estudios se centran en la corrupción de estado lo cual impide conocer sus principales características. A su turno, Fleming y Zyglidopoulos, hacen referencia a que el concepto de corrupción frecuentemente se asocia a los actos que cometen los funcionarios públicos (2009, p. 4). Similar criterio comparte Castro, Phillips y Ansari (2020) quienes referencian la dificultad para definir el significado de la corrupción corporativa a pesar de que muchas ciencias sociales como la economía, la ciencia política, la antropología y la sociología han brindado aportes importantes a la investigación sobre la corrupción (2020, pp. 935-937). Lamentablemente, la gran mayoría de investigaciones están concentradas en la corrupción en el gobierno y no se ha tomado en consideración que la corrupción involucra tanto a actores del sector privado, como actores del sector público y una gran parte de la corrupción en el sector público involucra la participación de actores privados (2020, pp. 935-937). Y sobre todo no se considera que es la empresa quien financia los sobornos (Hostetler 2011, p. 235).
- (3) Existen algunos antecedentes importantes como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ambos documentos referencian, de manera genérica, a las acciones ilícitas que son consideradas como corrupción en el ámbito internacional. Dichos



posición que posee el representante de la empresa para su propio beneficio o el de su organización (p. 960).

Las empresas, especialmente las compañías multinacionales, desempeñan un papel activo en trastocar la labor de la administración pública. Como consecuencia de ello, la corrupción corporativa influencia de manera negativa en la productividad de un país, la estabilidad de sus instituciones públicas, el ejercicio de la democracia y el desarrollo social (Hostetler, 2011, p. 236). Asimismo, la corrupción corporativa puede promover que los funcionarios públicos busquen financiamiento para la construcción de obras públicas innecesarias para el desarrollo de la sociedad con el objetivo de recibir sobornos de las empresas ganadoras del proceso (Hostetler, 2011, p. 236).

De esta forma, teniendo en cuenta estos antecedentes, podemos postular que una de las características relevantes que definen a la corrupción empresarial o corporativa son de aquellos actos ilícitos cometidos en el ámbito privado valiéndose del sector público. Dichos actos son realizados por los representantes de la compañía (representantes legales de empresas, apoderados, empleados, gestores de intereses, etc.) para obtener un beneficio indebido para la empresa, para ellos mismos y de terceros. Por ejemplo, la promesa o la entrega de sobornos y/o beneficios económicos a cambio de recibir una compensación en el presente o en el futuro de parte de un funcionario público. La relevancia que ha adquirido la corrupción corporativa lo atestigua la siguiente tabla:

**Tabla 1.** Casos de corrupción corporativa

Caso	Perjuicio Económico (Millones US\$)	Empresas Involucradas
Caso Lava Jato	\$ 5,881	105
Club de la Construcción	\$ 2,638	17
Petroperú	\$ 98	2
Club de la Construcción Chino	\$ 201	5
Provias Descentralizado (Puente Tarata)	\$ 78	2
Total	\$ 8,896	131

Fuente: Ojo Público (Elaboración propia)

Otra característica para destacar en la corrupción corporativa son los representantes legales<sup>(4)</sup> de una empresa del

sector privado, quienes hacen un mal uso de su posición de poder o influencia económica para involucrar a su organización en el proceso de obtención de beneficios indebidos sin importar el perjuicio al estado. Esta característica la diferencia de la corrupción pública, donde son los funcionarios públicos quienes son los actores principales de los hechos generadores de corrupción.

#### **4. El marco de regulación de la corrupción corporativa**

La corrupción corporativa puede ser regulada mediante la promulgación de normas que tipifiquen los casos de corrupción como delitos y se implementen procedimientos de investigación y sanción. Se cuenta con el Decreto Legislativo 1385 que introduce los delitos de corrupción en el sector privado y al interior de entes privados (artículos 241-A y 241-B del Código Penal), que complementan a aquellos tipificados como delitos de corrupción de funcionarios (artículos 393-401).

Sin embargo, hoy en día se proponen nuevos mecanismos anticorrupción. Así, los organismos internacionales exigen mecanismos de transparencia a las empresas que participan de licitaciones financiadas con sus recursos<sup>(5)</sup>, la facultad de excluirlos del proceso, incluso sancionarlos (suspensión) en caso de encontrarlos responsables. Este cambio normativo sigue la tendencia internacional de proponer la inclusión de delitos de corrupción en el ámbito privado acorde a las recomendaciones dadas por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Así, uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2022), ODS 16, propone la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas, así como la reducción de la corrupción y el soborno en todas sus formas.

conceptos se asocian a las conductas de soborno de funcionarios públicos nacionales; soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; malversación o peculado; tráfico de influencias; el abuso de funciones; el enriquecimiento ilícito; soborno en el sector privado; malversación o peculado de bienes en el sector privado; blanqueo del producto del delito; el encubrimiento y la obstrucción de la justicia (2003, pp.18-22).

(4) Apoderados legales, representantes legales, administradores o trabajadores de una empresa entre otros.

(5) Para más detalles, revisar el trabajo de Courtney Hostetler sobre los mecanismos que cuenta el Banco Mundial para desincentivar la corrupción corporativa. También hace un análisis de las legislaciones locales, las organizaciones no gubernamentales y estados (en calidad de terceros) (2011, pp. 249-265).



También se cuenta con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que estableció a nivel internacional los principales actos ilícitos que pueden ser considerados como actos de corrupción. El documento destaca varios actos ilícitos que pueden ser considerados como delitos de corrupción corporativa<sup>(6)</sup>: El cohecho o soborno; cohecho o soborno en el sector privado; la malversación; tráfico de Influencias; blanqueo del producto del delito y el encubrimiento; y, la obstrucción. La lista de prácticas de corrupción que se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción puede ser usada en el ámbito empresarial. Por ello, pueden ser consideradas como actos de corrupción corporativa<sup>(7)</sup>.

La siguiente tabla ofrece un resumen de los actos ilícitos que podrían ser considerados como actos de corrupción corporativa:

**Tabla 2.** Delitos de Corrupción Corporativa

Ilícito	Actos de Corrupción	Corrupción Corporativa	Condición
Cohecho (Soborno)	Si	Si	La empresa es sujeto activo o cuando se da en el ámbito privado
Malversación	Si	Si	Solo en el ámbito privado
Tráfico de Influencias	Si	Si	Si cuando está involucrada la empresa
Blanqueo e Encubrimiento	Si	Si	Si cuando quien realiza el blanqueo y/o encubrimiento es la empresa
Obstrucción	Si	No	No aplica

Fuente: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Elaboración Propia)

A parte de las recomendaciones de las Naciones Unidas, se cuenta con las Recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, “OECD”) para las Empresas Multinacionales que promueve un conjunto de consejos para combatir la corrupción de manera efectiva<sup>(8)</sup>. Se destacan la implementación y el cumplimiento de políticas anticorrupción entre los empleados, adopción de sistemas de control a la administración, prohibición de contabilidad paralela, cuentas secretas y la prohibición de hacer aportes a campañas políticas (Carr y Opi, 2011, p. 307). Otro documento importante lo es las “Directrices en materia de Lucha contra la Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas” (2019), que promueve un conjunto de cuatro recomendaciones en materia de lucha anticorrupción que los Estados deben de implementar en sus empresas.

La primera de ellas recomienda que las empresas públicas deben adherirse a las “buenas prácticas” y criterios de “integridad” (2019, p. 19); mientras que la segunda sugiere promover que los Estados propietarios de empresas desempeñen compromisos de “rendimiento e integridad” así como el mantenimiento de dichos niveles (2019, p. 23); en tanto que la tercera recomendación fomenta la eficacia de los “controles internos” de la empresa, la ética y las medidas de cumplimiento de detección y

- (6) La mayoría de estos tipos penales ya han sido recogidos en la legislación nacional peruana como delitos; con la inclusión del cohecho o soborno en el sector privado (Decreto Legislativo 1385) solo quedaría pendiente tipos penales específicos para el “Blanqueo del producto del delito y el encubrimiento” y la “La obstrucción”, pero para los casos en los que se cometen dentro de una institución privada o empresa. Blanqueo del producto del delito y el encubrimiento:  
Es el acto ilícito de ocultar los beneficios obtenidos de forma ilícita que se realiza a través de la conversión o transferencia de bienes que se saben son producto de actos ilícitos con el fin de encubrir su origen ilegal. Este acto puede ser considerado como acto de corrupción corporativa cuando una empresa realiza actos de encubrimiento con el fin de ocultar otro delito, como podría ser el cohecho o malversación.
- La obstrucción:  
Son los actos ilícitos de recurrir a los actos de fuerza, amenaza, promesa de concesión u otro similar para inducir a una persona a prestar un testimonio falso u obstaculizar la presentación de testimonio o el aporte de pruebas que ayuden a probar delitos de corrupción. Este delito se configura como corrupción corporativa cuando estos actos son realizados por la empresa a través de sus representantes, con el fin de dificultar el avance del sistema de justicia en los procesos de investigación o juzgamiento de actos de corrupción.
- (7) Algunos ejemplos conocidos son de aquellos que se han presentado en sector de la construcción donde parte de las empresas son investigadas por haber cometido actos de corrupción como el pago de sobornos (cohecho) y haber pagado a políticos para usen sus influencias para obtener beneficios indebidos (malversación). También se incluye a grupos empresariales que habrían cometido el delito de colusión para poder repartirse por turnos la buena pro de proyectos de infraestructura vial, cuya participación e involucramiento podría revelar otros delitos como el cohecho, encubrimiento y tráfico de influencias.
- (8) Hay otros documentos adicionales, como la Convención Penal sobre la Corrupción vigente en la Unión Europea desde el 2002 y la Convención Interamericana contra la Corrupción elaborada en 1996 por la Organización de los Estados Americanos (OEA).



mitigación de riesgos relacionados a la corrupción (2019, p. 27). Por último, la cuarta recomendación sugiere que los procesos de detección de la corrupción, su investigación y sanción sean encargados a instituciones neutrales a la influencia de los estados. También se aconseja la implementación de procedimientos de auditoría externa conforme a los criterios de solidez, transparencia e independencia que garanticen la “probidad financiera”, la información del comportamiento general de la empresa y la implicación de las partes interesadas (2019, p. 33)<sup>(9)</sup>.

A nivel de país, se encuentra el *Foreign Corrupt Against Act* (FCPA) (1977), que prohíbe a las empresas hacer pagos ilegales a funcionarios públicos de gobiernos extranjeros y en territorio estadounidense con el fin de obtener ventajas o mantener privilegios en sus negocios. Asimismo, la ley exige a las compañías acreditar la transparencia y legalidad de sus transacciones, así como organizar y aplicar un adecuado sistema de control interno en sus organizaciones<sup>(10)</sup>.

## 5. El aporte del gobierno corporativo en la lucha contra la corrupción en el sector empresarial privado y público

### a. La relación entre el gobierno corporativo y la corrupción

La relación de la corrupción y el buen gobierno corporativo pasa por la elaboración y el cumplimiento de adecuadas normas de autorregulación (Carr y Opi, 2011, p. 304). Postulan que las ventajas de la autorregulación son 4. La primera es que le permite regular su conducta empresarial de acuerdo a la realidad económica del mercado. La segunda ventaja es que previene el cumplimiento de normas dadas por el Estado. Asimismo, la rapidez y eficiencia en la creación y cumplimiento de las reglas autorregulatorias, a diferencia de la regulación estatal, es otra de las ventajas. Y, por último, la calidad de las normas regulatorias puede enriquecer el universo de normas jurídicas de un país. Este tipo de ventajas influyen a que las

compañías cuenten con códigos de conducta y códigos de buen gobierno corporativo.

Estas normas autorregulatorias pueden ser un medio efectivo de combate contra la corrupción empresarial siempre que cuente con efectivos medios de cumplimiento o *enforcement*. Según Nichols, el uso de normas jurídicas penales y, también, de normas extrajurídicas no necesariamente es efectivo. El motivo se debe a la existencia de relaciones de corrupción empresa-agente (oficial de cumplimiento) (2004, p. 1331). En otras palabras, por medio de la corrupción, una empresa puede asegurarse la impunidad en la comisión de una falta o delito o, también, la alerta temprana ante alguna reacción de parte del Estado ante una posible Investigación penal).

Desde otra perspectiva, *the United States Sentencing Guidelines* (2004) establece que uno de los requerimientos de todo programa de cumplimiento es que toda autoridad de gobierno conozca su contenido y operación. Esto le permitirá supervisar el grado de avance de su implementación y funcionamiento<sup>(11)</sup>. Así, mientras en Estados Unidos los consejos de administración son los llamados a supervisar el funcionamiento de los programas de cumplimiento, la regulación peruana establece que los directorios cumplen dicha función conforme el principio 25 del Código de Buen Gobierno Corporativo para Sociedades Peruanas (en adelante, “CBGC”) (2013)<sup>(12)</sup>. Sin embargo, uno de los problemas de las empresas, principalmente las multinacionales ubicadas en Latinoamérica, es que la inspección y

(9) Recientemente, la OECD lanzó la iniciativa *Trust in business initiative*, que promueve la coordinación y la realización de actividades para promover la confianza empresarial mediante acciones de colaboración entre el sector privado y el sector público. Mayor información, véase el siguiente enlace: <https://www.oecd.org/corporate/Trust-in-Business-flyer.pdf>

(10) Más detalles de la Ley podrán encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/frgnrpt.pdf>

(11) (...)  
(b) *Due diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law within the meaning of subsection (a) Minimally require the following:*

(1) *The organization shall establish standards and procedures to prevent and detect criminal conduct.*

(2) *(A) The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program.*

(...).

(12) El Directorio se encarga de aprobar la política de gestión integral de riesgos, definir los roles, responsabilidades y líneas de reporte, y promover una cultura de riesgos en la empresa en el Directorio mismo, la Alta Gerencia y los colaboradores (CBGC 2013, p. 15).



supervisión de la utilidad de sus programas resulta difícil de verificar por la distancia entre su matriz y sus filiales (Fanjul, 2008, p. 754). Por ende, será necesario confiar en la cultura corporativa de “intolerancia a la corrupción”. Por tanto, corresponde al directorio ejercer dicha labor de promoción por medio de las prácticas de buen gobierno corporativo en concordancia con el de promocionar una cultura de riesgos<sup>(13)</sup>.

En este contexto, el gobierno corporativo desempeña un rol importante porque crea un conjunto de controles de gobierno que exigen a los órganos de gobierno de una empresa una serie de responsabilidades que deben de cumplir y contribuir, de esa manera, con la lucha contra la corrupción. Estas responsabilidades están presentes en el ejercicio de sus deberes fiduciarios, el reporte de la información financiera y su auditoría a sus cuentas (Carr y Opi, 2011, p. 341). Asimismo, estos deberes de reporte están relacionados a la implementación de principios o pilares básicos de transparencia, diálogo y crecimiento ético de acuerdo a Hess (2012, p. 67). Estos principios proponen que las empresas provean información relevante de sus políticas, sus prácticas empresariales y sus resultados. A su vez, esta información será examinada por sus grupos de interés (inversores, empleados, acreedores, etc.) para determinar el cumplimiento de los objetivos de la organización. A su turno, los pilares de diálogo y crecimiento ético proponen que las empresas deben promover una adecuada conversación con sus grupos de interés sobre sus avances en el negocio, la gestión de una cultura corporativa y la implementación de un programa efectivo de cumplimiento normativo.

La importancia de implementar prácticas de buen gobierno contra la corrupción resulta prioritaria para garantizar la sostenibilidad de la empresa. Meadows menciona que las compañías se arriesgan de ser excluidas o suspendidas para contratar con el Estado o, también, de perder beneficios tributarios o de cualquier otra naturaleza otorgado (2003, p. 98). También resulta relevante que cada empresa gestione sus conflictos de interés. Esto resulta importante, porque dichas prácticas evidencian al mercado, y a la sociedad, que la organización y miembros de su administración carecen de algún

conflicto de interés alguno, y que los riesgos de comisión están mitigados (2003, p. 100).

#### b. La presencia del gobierno corporativo en el sector privado

El sector privado conoce y aplica las prácticas del Buen Gobierno Corporativo. El CBGC es una guía para las empresas que están inscritas en el Registro del Mercado de Valores del Perú. Además, el CBGC cuenta con recomendaciones orientadas a mejorar la gestión de las empresas y detalla los principios o lineamientos relacionados a la gestión de los accionistas, el directorio, el riesgo y sistema de cumplimiento normativo, y la transparencia y acceso a la información.

Las recomendaciones contenidas en el CBGC son voluntarias y de carácter general. La idea es cada empresa pueda implementarlas en su organización de acuerdo a sus necesidades. Dentro de ellas, podemos destacar algunas recomendaciones como la 17 y 19, que establecen la importancia de los miembros del directorio y el director independiente<sup>(14)</sup> respectivamente. También se cuenta con las sugerencias 26 y 27 que regulan la auditoría interna y externa; y, los principios 28 y 31 que establecen políticas de transparencia para las empresas. De esta forma, la importancia de implementar las normas de gobierno corporativo es que estas promueven la transparencia de sus actividades comerciales y, por tanto, se convierte en un eficaz mecanismo de prevención de la corrupción. Los grupos de interés (*stakeholders*) tendrán acceso a información relevante que genere la empresa, lo cual les permitirá realizar el “escrutinio público” a su labor e influir en sus decisiones, por tanto. Estas prácticas deben complementarse con aquellas que promuevan la realización de auditorías (internas y externas). De esta forma,

(13) Principio 25 del CBGC (2013).

(14) Dentro de estos principios, destacan algunos como el de la incorporación de los directores independientes a las empresas, que puedan ayudar a representar los intereses de los accionistas minoritarios, pero que también ayuden a prevenir actos de corrupción en la empresa. El director independientemente es definido: “aquellos seleccionados por su trayectoria profesional, honorabilidad, suficiencia e independencia económica y desvinculación con la sociedad, sus accionistas o directivos” (CBGC, 2012, pp. 12-13). Otra referencia importante lo tiene la Resolución SMV 016-2019-SMV/01, mediante la cual la Superintendencia del Mercado de Valores establece los lineamientos de calificación de los directores independientes y resalta su importancia como un actor clave en la gobernanza de la empresa, buscando siempre implementar las mejoras prácticas para ayudar a crear valor en las empresas (Lineamientos de calificación de directores independientes, 2019, p. 2).



las prácticas de buen gobierno corporativo reducirán los riesgos de corrupción en la empresa<sup>(15)</sup>.

## 6. La Problemática de la corrupción en las empresas estatales en el Perú

### 6.1. Marco Legal de las Empresas Estatales

El marco normativo de las empresas estatales en el Perú se ha configurado en base al artículo 60 de su Constitución Política. Dicha norma establece que la constitución de empresas públicas se hace mediante ley expresa y debe cumplir con dos condiciones. La primera es que su actividad empresarial sea subsidiaria a la actividad privada y, la segunda, de que el fin de que el objeto de su constitución sea de interés público o conveniencia nacional.

También se cuenta con la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, Ley 24948, que indica que las empresas estatales son personas jurídicas se constituyen como sociedades anónimas y el íntegro de su capital social pertenece al Estado (artículo 7). De otro lado, es posible contar con empresas de economía mixta cuya participación-majoritaria- es estatal y privada (artículo 8). Además, esta misma norma especifica la posibilidad de que el Estado realice la actividad privada si son actividades subsidiarias a la actividad privada. También cuenta con una junta general de accionistas, directorio y gerencia general. Otra norma que regula la labor de las empresas estatales es el Decreto Legislativo 1031, que busca promover la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. Este texto normativo define aspectos importantes, como los requisitos mínimos para ser designado como un director de una empresa pública, y también reglamenta la transparencia y el acceso a la información que posee la organización.

Asimismo, las empresas estatales están sujetas a los alcances de la Ley 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y su Reglamento (Decreto Supremo 002-2019-JUS, que establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas e introduce el modelo de prevención). Y, por último, la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción (Decreto Supremo 092-2017-PCM) y el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción (Decreto Supremo 044-2018-PCM), que constituyen guías y criterios que deben cumplir las empresas públicas bajo el ámbito del el FONAFE. También cuentan con políticas de prevención de la corrupción que se detallan en el siguiente cuadro:

**Tabla 3. Políticas de prevención de la corrupción FONAFE**

Herramienta de Gestión	Objetivo Anticorrupción
Sistema de Gestión Anticorrupción (SGAC)	Sistema con el objetivo de prevenir, detectar y enfrentar la corrupción
Sistema de Cumplimiento	Para la prevenir el delito de soborno, y verificar el cumplimiento normativo
Sistemas de Declaraciones Juradas de Interés	Sistema para manejar la declaración jurada de intereses de trabajadores de la empresa
Procesos de Contrataciones y Adquisiciones Ejecutados	Sistema de control de contratación y adquisiciones para evitar sobornos o sobrevaluación
Código de Buen Gobierno Corporativo	Guía con principios y políticas para mejorar la gestión y prevenir la corrupción.

Fuente: FONAFE (Elaboración propia)

### 6.2 La presencia del gobierno corporativo en el sector empresarial público

Es común que la corrupción sea percibida como un problema propio del sector público, por lo que el aporte del gobierno corporativo para combatir la corrupción en las empresas estatales resulta un reto más complicado que en el sector privado. A diferencia de las empresas privadas, los administradores de las empresas estatales tienden a maximizar sus intereses sin riesgo alguno de que la empresa estatal pueda ser declarada insolvente o comprada por otra empresa (Nguyen, M.A. y Van Dijk, 2012, p. 2938). También existen otras deficiencias, como son la carencia de supervisión o insuficiente control de parte de los representantes del gobierno hacia la labor que realiza la administración, o también la cercanía política entre estos con los directivos de las empresas (Nguyen, M.A. y Van Dijk, 2012, p. 2938). Asimismo, los puestos de la administración de una empresa pública pueden ser usados como plataforma de

(15) Adicionalmente, Hostetler propone el uso de *trigger clause* como un mecanismo que los países miembros del Banco Mundial deben incluir en los contratos de construcción de obras publicados financiados por dicho organismo internacional. Mediante esta cláusula, el país miembro deberá iniciar investigación y sanción en caso se presente indicio alguno de corrupción detectado por el Banco, el Ministerio Público o la sociedad civil ("escrutinio público") (2011, p. 262).



crecimiento político para sus directivos, lo cual puede relajar la eficiencia en el cumplimiento de sus obligaciones (Nguyen, M.A. y Van Dijk, 2012, p. 2938).

Por ende, los riesgos de agencia en el gobierno corporativo de las empresas del Estado se presentan por la probabilidad de que los principales cargos sean entregados a personas que carezcan de preparación académico-profesional adecuada o, de tenerlo, de actuar de forma parcializada con los intereses políticos por encima de criterios técnicos en perjuicio de la sociedad. Por ende, sus normas tienen el deber de promover un gobierno eficaz, transparente, imparcial y profesional para garantizar los intereses ciudadanos. A diferencia de lo que sucede en el sector privado, las reglas de cumplimiento que contiene el código son obligatorias y deben ser implementadas por cada una de las empresas estatales.

Al respecto, el CBGC (2013) propone una serie de recomendaciones bajo el nombre de “Principios complementarios para Empresas del Estado (EPE)”. Así, respecto al combate contra la corrupción, las recomendaciones proponen la transparencia en sus operaciones (Principio E1), la implementación de una política general de solución de conflictos (Principio E3), transparencia en la elección de los directores (Principio E4), inclusión de los directores independientes (Principio E5), uso de un Código de Ética (Principio E6), sistema de gestión de riesgos (Principio E7) y la información a difundir (Principio E8)<sup>(16)</sup>. Asimismo, el FONAFE cuenta con un Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito del FONAFE<sup>(17)</sup>. Aquellas que tienen relación con el combate contra la corrupción se detallan en el siguiente Tabla 4.

**Tabla 4.** Principales principios de Buen Gobierno Corporativo en FONAFE<sup>(18)</sup>

Código de Buen Gobierno Corporativo FONAFE		
Principios Ligados a la Prevención de la corrupción	Contenido	Observación
Principio 16: Políticas relativas a la independencia de los directores	Menciona la importancia de contar con una dirección independiente y autónoma	No establece criterios y requisitos básicos para la contratación de auditorías independientes, ni un porcentaje mínimo de representación en el directorio
Principio 28: Código de Ética	Establece la necesidad que las entidades apliquen un código de ética y sugiere que incluya la prevención de actividades ilegales	No establece un contenido mínimo y describe de forma general el objetivo del código.
Principio 29: Política de información	política orientada a dar a conocer de manera completa, precisa, oportuna, y de ser el caso, periódica	No establece que la información sea pública y de fácil acceso.
Principio 32: Políticas sobre auditorías	Establece la necesidad de que la Junta General de Accionistas Establezca políticas de auditoría tanto interna como externa	No establece criterios y requisitos básicos para la contratación de auditorías independientes.

Fuente: Código de Buen Gobierno Corporativo Petroperú y Código de Buen Gobierno Corporativo FONAFE

(16) En el 2011, la OECD publicó un documento titulado “Directrices de la OECD sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas”. En dicho documento, propone 6 recomendaciones: Marco Jurídico y Regulatorio Efectivo para las Empresas Públicas, la Actuación del Estado como Propietario, el Tratamiento Equitativo de los Accionistas, las Relaciones con Partes Interesadas, la Transparencia y Divulgación y las Responsabilidades de los Directores de Empresas Públicas.

(17) El FONAFE fue creado por la Ley 27170 en 1999 y su objetivo fue solucionar el mal manejo del Estado en las empresas públicas. Actualmente existen 35 empresas que están comprendidas dentro de FONAFE: 16 son del sector eléctrico, 4 del sector financiero, 2 del sector minero e hidrocarburos, 1 del sector saneamiento, 3 del sector transportes, 6 del sector producción y servicios y 3 de otros sectores. También cuenta con un sistema de gestión integrado que regula la calidad de la gestión de las empresas públicas. Dentro de este sistema, se cuenta con algunas políticas de fomento a la transparencia y a la prevención de la corrupción. El FONAFE tiene la responsabilidad de liderar, de forma profesional y eficiente, a las empresas públicas, y conducirlas a un proceso de modernización conforme a estrategias de mercado y a estándares de calidad de gestión.

(18) Aprobado por Acuerdo de Directorio No. 002-2013/003-FONAFE (08/03/2013).



### 6.3. Ventajas del gobierno corporativo en las empresas estatales

Una de las ventajas más importantes para la aplicación de los principios de gobierno corporativo en el sector privado es el hecho de que se trata de una autorregulación que permite a cada empresa adaptar cada uno de los principios de acuerdo con su realidad y necesidades. Al contrario, la práctica del gobierno corporativo en las empresas del Estado es de cumplimiento obligatorio. Esto puede interpretarse como un obstáculo para la organización, porque impide crear su propia normativa ante cualquier hecho o imprevisto que se presente en el mercado. A pesar de ello, creemos que la gobernanza en el sector estatal contribuye con mejorar la transparencia de las empresas del Estado, la independencia de sus órganos de gobierno y el uso del profesionalismo en la labor de sus directores. Con ello, el buen gobierno corporativo contribuye a una mejor defensa de los intereses de los *stakeholders* que componen la empresa estatal (empleados, proveedores, el estado, los contribuyentes, entre otros) y a incrementar su valor de mercado.

Complementando la idea, Beasley afirma que las empresas tienen menos casos de fraude corporativo si implementan prácticas de gobierno corporativo de forma efectiva. Dicho autor fundamentó sus ideas en base a un estudio empírico que realizó a las empresas constituidas en Estados Unidos y encontró que las empresas que incluyeron la figura del director independiente redujeron su riesgo de cometer fraude (1996, p. 463).

Por su parte, You evidencia que en Corea del Sur se redujeron de forma significativa los casos de corrupción corporativa desde que las empresas de su país adoptaron los principios de buen gobierno corporativo (2005, pp. 23-28). Estas experiencias del derecho comparado acreditan la utilidad de las normas de buen gobierno corporativo para la prevención de la corrupción corporativa. También García, Rodríguez y Gallego (2008) demuestran que la influencia del consejo de administración en la adopción de un código ético y el incremento de la presencia de consejeros independientes en su conformación pueden promover un acercamiento entre los intereses de los directivos y de los inversores en temas éticos.

Junto con la implementación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y las políticas de gobierno, se podía afirmar que la lucha anticorrupción estaba garantizada. Sin embargo, el número creciente de casos de corrupción corporativa nos cuestionan si las normas de buen gobierno aplicadas a las empresas estatales cumplen con su labor de prevención y transparencia en el sector empresarial público. Esto ha generado la necesidad de encontrar nuevos mecanismos de prevención para elevar la protección de los intereses de la ciudadanía frente a cualquier riesgo de corrupción.

### 6.4. El caso de Petróleos del Perú S.A (Petroperú)

Petroperú S.A. es una empresa de propiedad del Estado peruano que fue creada el 24 de julio de 1969 para dedicarse al transporte, la refinación, la distribución y la comercialización de combustibles, y otros productos derivados del petróleo. Actualmente, es una empresa listada en la Bolsa de Valores de Lima y cuenta con una colocación del 20% de sus acciones en el mercado de valores<sup>(19)</sup>. Por su parte, su directorio es el órgano colegiado al que corresponde la administración de la empresa, y cuenta con las facultades y atribuciones establecidas por ley. Asimismo, dirige las políticas generales e internas de la empresa. Está conformado por seis (6) miembros, de los cuales cinco (5) son elegidos por los accionistas y uno (1) es elegido por los trabajadores<sup>(20)</sup>.

En el siguiente cuadro se detallan los principios de buen gobierno que están dirigidos a prevenir y/o combatir la corrupción (ver Tabla 5).

- 
- (19) Petroperú solo puede vender hasta el 49% de sus acciones a inversionistas privados conforme lo establece el artículo 3.2 de la Ley 30130, Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la prioritaria ejecución de la modernización de la Refinería de Talara para asegurar la preservación de la calidad del aire y la salud pública, y adopta medidas para fortalecer el gobierno corporativo de Petroperú.
- (20) También cuentan con un Sistema de Gestión Anticorrupción de Petroperú, que implica el uso de cláusulas anticorrupción, el control antisoborno en socios, la auditoría interna y la herramienta de gestión.



**Tabla 5.** Principales principios de Buen Gobierno Corporativo en Petroperú

Código de Buen Gobierno Corporativo Petroperú		
Principales principios relacionados con preventión de la corrupción	Contenido	Observación
Principio 15: Conformación del Directorio	Establece los criterios de calificación de los directores	No establece criterios y requisitos específicos que deben reunir los candidatos a director.
Principio 16: Funciones del Directorio	Establece la labor de elaboración de la estrategia corporativa de la empresa	No es específica la labor indicada.
Principio 17: Deberes y derechos de los miembros del Directorio	Establece los deberes de guardar reserva, cuidar el interés de la empresa, buena fe, diligencia y independencia	No se precisan los deberes de los miembros del directorio acorde al negocio.
Principio 19: Directores independientes	Establece la participación de Directores no independientes y independientes en la conformación del directorio y se establecen los requisitos que debe reunir ello.	No crea un perfil del director independiente acorde al negocio de la empresa
Principio 20: Operatividad del Directorio	Establece que su operatividad se realizará acorde a un plan de trabajo, canales y procedimientos que permitan la realización eficiente del Directorio. También se refiere al proceso de evaluación.	No es específico y acorde a la labor del negocio.
Principio 25: Entorno del Sistema de Gestión de Riesgos y Control	Establece una política integral de riesgos de acuerdo al tamaño y complejidad de la empresa	No hay precisión conforme al negocio de la empresa.
Principios 26 y 27: Auditoría interna	Establece el funcionamiento de la auditoría interna y la labor de los auditores externos.	No hay precisión conforme al negocio de la empresa.

Fuente: Elaboración Propia

**Tabla 6.** Casos en Investigación por Corrupción Corporativa en Petroperú

Caso	Empresas	Resumen	M.Millones (US\$)	Delito
Compra de Biodiésel 100 (2022)	Heaven Petroleum Operators S. A	Compra de Biodiésel sobrevalorado	74	Tráfico de Influencias
Contratación de empresas para limpieza de derrames II (2022)	Hermes Organización E.I.R.L. y Global Services Villacrez S.R.L.	Se contrató a empresas sin experiencia para realizar trabajos de remediación ambiental.	3.3	Cohecho
Contrato de Explotación del Lote 192 (2021)	Altamesa Energy Canadá Inc	Se suscribió un contrato sin revisar o evaluar la idoneidad de este, tampoco se suscribió previamente un contrato de licencia ni se aprobó el informe de consulta previa.	s/d	Tráfico de Influencias
Irregularidades en los procedimientos de rendición de cuentas de los viáticos (2020)	Petro Perú S. A	78 trabajadores de Petro Perú se apropiaron de dinero de la empresa de forma ilegal a través de rendiciones fraudulentas	s/d	Malversación Ámbito Privado
Contratación de empresas para limpieza de derrames (2017)	Benites Servicios Industriales EIRL y otras 5 empresas	Se contrató a empresas sin experiencia para realizar trabajos de remediación ambiental.	25	Cohecho
Petro audios (2008)	Discover Petroleum International S. A	Tráfico de influencias con la finalidad de ganar de licitaciones en el rubro de hidrocarburos	s/d	Tráfico de Influencias

Fuente: Ojo- Pùblico (Elaboración Propia) (\*s/d: sin determinar)



De estos datos podemos mencionar que la problemática de Petroperú refleja que las prácticas de gobierno corporativo en las empresas estatales requieren mejorar su efectividad. Además, sus normas de buen gobierno requieren de ser precisadas de acuerdo al negocio de la empresa. De igual forma, los órganos de gobierno, especialmente el directorio, requiere contar con más atribuciones para elevar la efectividad de su labor de supervisión. Los datos demuestran que la administración de la empresa debe mejorar su sistema de atención de denuncias y la presentación de los casos demuestra que las normas de gobierno corporativo requieren de cambios para reducir riesgos de corrupción junto con la mejora de sus políticas anticorrupción, de cumplimiento y de gobernanza.

La inclusión de representantes que velen por los grupos de interés (*stakeholders*) en la administración de la empresa resulta importante. Por ejemplo, actualmente, Petroperú posee a un representante de los trabajadores en la composición de su directorio, lo cual es llamativo y a la vez positivo. En este sentido, cabe cuestionarse la labor que el representante debería cumplir en la administración de la empresa a favor del grupo de interés que representa. Finalmente es relevante proponer un conjunto de normas de protección a los accionistas minoritarios de la empresa en el caso de las empresas mixtas.

## 7. Mejoramiento de los sistemas de prevención

### 7.1. La prevención de la corrupción:

En primer lugar, la estructura de las organizaciones referencia la forma como la organización jerárquica de la organización o su estructura societaria puede ser un factor importante en la incidencia de los actos de corrupción. Es común que las empresas con estructuras de poder más concentradas generen los incentivos y condiciones para cometer actos de corrupción, mientras que las empresas con gestión descentralizada y más transparencia evitan actos de corrupción.

El segundo motivo es la existencia de las prácticas institucionalizadas de corrupción dentro de las empresas. Dichas prácticas generan un ambiente donde algunos actos de corrupción pueden ser considerados como parte del sistema de gestión. Estas costumbres coadyuvan a los actos de corrupción, donde las más comunes suelen ser el ocultar información, el pago de coimas, el encubrimiento de información, el poco control sobre los administradores, entre otras. El tercer motivo es la cultura empresarial, que presenta a las prácticas repetidas que buscan introducir la corrupción como parte del sistema de gestión, y buscan incluso inducir o introducir de forma paulatina a los trabajadores dentro de esta cultura de corrupción. Esto se logra creando un sistema donde convive una cultura organizacional formal, mientras que paralelamente

existe otra, subyacente, de acceso restringido a un grupo más reducido de trabajadores, que saben y hasta promueven la corrupción. Un ejemplo de esto son las empresas que para desarrollar proyectos están acostumbrados a solicitar a sus trabajadores presupuestar los sobornos y ocultarlos dentro de los gastos.

El cuarto motivo es la corrupción corporativa entendida como una falla moral. En ella, la corrupción empresarial hace referencia a los valores y principios de los miembros de la organización y cómo esto se refleja en la organización. En ese sentido, partimos de la idea de que, si las personas que dirigen la organización o empresa carecen de valores que promuevan la transparencia y la buena gestión, entonces se dará espacio a que existan actos de corrupción.

Ahora bien, las medidas legales para combatir la corrupción se han materializado en la promulgación de leyes tanto en la parte penal como en la parte procesal penal. Sin embargo, dichas normas asumen rol prioritariamente represivo-sancionador, mas no contempla el de tipo preventivo. Las medidas de prevención se caracterizan por ser más efectivas que la regulación, porque evita que se configure el delito y se produzca el consiguiente perjuicio económico a la reputación y a los intereses de los grupos de interés que están allegados a la empresa. Por este motivo, la prevención de la corrupción es el objetivo principal que buscan alcanzar las diversas disciplinas sociales que la estudian como fenómeno perjudicial al desarrollo de las sociedades y países.

Asimismo, la regulación tradicional ha demostrado tener un poder disuasivo limitado para castigar los casos de corrupción. Por ejemplo, el Ministerio Público recibe más de diez mil casos anuales de denuncias por corrupción ante sus diversas oficinas a nivel nacional cada año. En tanto, el criterio preventivo ha generado que el sector privado implemente mecanismos de prevención bajo la forma de sistemas de cumplimiento normativo para impulsar el establecimiento de políticas de prevención en el sector privado.

La práctica del cumplimiento normativo requiere que se incluya la autorregulación normativa a través de los principios del



gobierno corporativo como medida para lo siguiente: involucrar a los directorios de las empresas del sector privado y promocionar políticas empresariales, aprobar códigos de conducta o normas de buenas prácticas de gobierno, lograr el compromiso de las empresas por cumplir alinear sus actividades con el cumplimiento de la legalidad para beneficio propio y de sus grupos de interés (accionistas, proveedores, empleados, gobierno, etc.). Este tipo de estrategia puede ser más eficiente y lograr cambios notables en la reincidencia de casos o conductas de corrupción corporativa.

### 7.2. Propuestas para la prevención de la corrupción corporativa

El buen gobierno corporativo puede ser considerado como una herramienta efectiva complementaria a la regulación para prevenir la corrupción corporativa dentro de las empresas. Esto ha sido demostrado por la literatura comparada de forma contundente. Así, Boateng, Wang, Ntim y Glaister, K (2021) condujeron un estudio en 149 países y encontraron que, en promedio, demostraban dos evidencias interesantes. En aquellos países, donde las empresas habían incorporado prácticas de gobierno corporativo, como consecuencia, habían reducido sus niveles de corrupción (pp. 3870-3872). Mientras que en aquellos países donde las empresas no habían incorporado prácticas de buen gobierno, o éstas eran débiles, tenían niveles altos de corrupción (pp. 3870-3872). En Noruega, Gottschalk (2020) encontró la probabilidad de detección como una las principales motivaciones de los funcionarios de empresas para realizar actos de corrupción corporativo (p. 420).

Asimismo, Tuan & Tuan (2016) realizaron un estudio en las empresas que cotizan en la bolsa de valores de Singapur por cuatro años entre 2008 y el 2011. Sus conclusiones fueron más que interesantes: la dirección de los órganos de gobierno (directorio y gerencia general) en manos de diferentes personas reduce la incidencia la comisión de casos de corrupción (p. 133). Asimismo, Tuan & Tuan sugieren que los consejos de administración o directorios con mayor diversidad en su composición -género, por ejemplo- han demostrado tener un mejor desempeño (2016, p. 134). Coincidientemente, la investigación hecha por Frías-Aceituno, Rodríguez-Domínguez & García-Sánchez en 12 países extranjeros a 760 empresas que cotizan en bolsa, demostró que las juntas directivas que contaban con mayor independencia y diversidad de género mejoraba las directrices de prevención de la corrupción (p. 32).

Por su parte, Ryan (2005) menciona que la alta concentración de la propiedad de acciones en las empresas domiciliadas canadiense en Canadá ha priorizado la protección de los derechos de los accionistas minoritarios. Los medios probatorios

se pueden plasmar por medio de acciones legales presentadas por los accionistas ante el Poder Judicial, argumentando la violación de sus derechos por la opresión de los accionistas mayoritarios y la creación de coaliciones de inversionistas institucionales que promueven la implementación del buen gobierno corporativo que promueva un manejo independiente de las empresas (pp. 59-64).

### 7.3. Aplicación de estas propuestas al caso de Petroperú y las empresas estatales

Asimismo, con el fin de poder realizar una propuesta para el caso de Petroperú, se han revisado algunos estudios en países como Noruega, Singapur y Canadá, líderes en el ranking anticorrupción de transparencia internacional, para recomendar las prácticas de buen gobierno corporativo que podrían implementarse para controlar la corrupción corporativa en estos países. Si bien muchas de las experiencias no son de empresas estatales, la propuesta considera sus características.

En primer lugar, una adecuada práctica de gobierno sería la implementación o el fortalecimiento de un sistema de denuncias o denuncias anónimas para detectar los casos de corrupción corporativa en los órganos de gobierno. En Noruega, las compañías han impulsado programas de denuncia como una política de buen gobierno corporativo. Dichos programas han demostrado ser efectivos a pesar de que no hay legislación que los autorice<sup>(21)</sup>. Si bien muchas empresas estatales ya cuentan con este sistema (canal de denuncias) como política de prevención de la corrupción, lo cierto es que se aplican a los colaboradores de la empresa, mas no a los directivos. Esto, en muchos casos, debilita el sistema por cuanto son los directivos de la empresa estatal quienes están involucrados en casos de corrupción. Ante ello, los programas requieren de una mayor reglamentación sobre el tratamiento de las denuncias internas de casos de corrupción

(21) La investigación hecha por Gottschalk & Smith (2016) comprendió el análisis de cerca de 390 casos de corrupción corporativa en Noruega. Sus resultados mostraron que el 43% de los casos fueron detectados gracias al sistema de denuncias, a pesar de que no existe regulación gubernamental que ofrezca recompensas económicas en el país (p. 18).



por parte de los integrantes de los órganos de gobierno (directorio y gerencia general).

Aspectos como establecer la competencia del comité de directorio de gobierno que evalúe el desempeño del sistema o la creación de una reglamentación que permita el funcionamiento del canal de denuncias son medios que indudablemente influirán en la disminución de actos de corrupción.

Por su parte, la experiencia de Singapur también sugiere la implementación de prácticas que son propias de empresas de capital cerrado y de capital abierto Tuan & Tuan (2016). En este, la implementación de prácticas de buen gobierno corporativo que promuevan la inclusión de directores independientes, la transparencia de la información y el reporte de la labor de los órganos de gobierno pueden ser adecuadas medidas que las empresas estatales podrían implementar y cumplir de forma efectiva. Una adecuada práctica de buen gobierno podría promover que los procesos de selección (convocatoria-nombramiento) deberían ser públicos y abiertos al “escrutinio público”. De esta forma, la sociedad tendría el interés de conocer a quienes van a dirigir las empresas estatales y de formular los reclamos a la comisión evaluadora en caso se detectaran irregularidades (falsificación de títulos o pertenencia al partido de gobierno).

Asimismo, las experiencias de Singapur y Canadá permiten destacar las siguientes prácticas: la prohibición de tener un sistema dual de dirección, la conformación de directorios más diversos y la protección de los derechos de los accionistas minoritarios. En el primer caso, las empresas estatales deben reafirmar la importancia de que los cargos de gerente general y presidente del directorio no recaigan en la misma persona. Sin embargo, esta práctica debe incluir a los demás miembros del directorio y viceversa, y a sus asesores (secretario corporativo y asesores externos). Con ello, se pretende que la labor del directorio mantenga su labor de supervisión constante a la labor de la plana gerencial de forma independiente y profesional. En el segundo caso, la literatura corporativa ha demostrado que la inclusión de integrantes por razones de género ha elevado la eficacia de su labor. Creemos que, en la ruta de este criterio inclusivo, la selección de los directorios de empresas estatales podría ampliar a otros criterios que trasciendan el género. Por ejemplo, la experiencia internacional, la edad o la procedencia geográfica.

Por último, la protección de los derechos de los accionistas minoritarios de la empresa estatal resulta relevante en la actualidad<sup>(22)</sup>. Dada la existencia de empresas de capital mixto, resulta necesario la implementación de prácticas de gobierno

que permitan el ejercicio de los derechos de los socios minoritarios y la salvaguardia de sus intereses. Así, una adecuada práctica de buen gobierno consistirá en la reglamentación de derechos como la participación, no dilución, información y la impugnación. De esta forma, dicha práctica salvaguardará los intereses de los minoritarios. Estas medidas pueden complementarse con una adecuada promoción del “activismo accionarial” que promueva un involucramiento de los accionistas en el gobierno de la empresa por medio de la junta general de accionistas. Desde este órgano de gobierno, los accionistas podrían supervisar a los órganos de administración (directorio y gerencia) y prevenir cualquier acto de corrupción (Hess, 2012, p. 72). De igual forma, se puede extender el fomento del “escrutinio” de parte de organizaciones de la sociedad civil.

## 8. Conclusiones

Esta investigación se enfocó en desarrollar el aporte del gobierno corporativo en la lucha contra la corrupción. Tradicionalmente, los enfoques de estudio han sido desde la perspectiva del derecho penal, mas existe muy poca literatura legal que desarrolle el fenómeno de la corrupción empresarial desde una perspectiva del derecho corporativo.

En ese sentido, el presente trabajo desarrolla el fenómeno de la corrupción empresarial y, contrario a las tendencias actuales, propone la implementación o el reforzamiento de las prácticas de buen gobierno corporativo. El sustento descansa en que los sistemas de sanción como el peruano tienen dificultades para detectar los casos de corrupción y sancionarlos de manera efectiva. Por ende, las empresas y los funcionarios públicos tendrán altos incentivos para cometer actos de corrupción.

Por ello, ante la inoperancia o la lentitud de los sistemas de administración de justicia

(22) Petroperú planea en el futuro vender parte de sus acciones de la empresa bajo el mecanismo de Oferta Pública de Acciones (OPA). Como consecuencia, el posible ingreso de inversionistas institucionales debe impulsar la implementación de medidas anticorrupción a través de prácticas del buen gobierno corporativo para garantizar sus intereses.



es que urge la necesidad de implementar la importancia de que la administración de las propias empresas implemente mecanismos de buen gobierno que prevengan los actos de corrupción. Estos mecanismos de gobernanza pueden complementar la aplicación de los programas de prevención, pero tendrán una mayor relevancia, ya que son los directorios quienes tienen la responsabilidad de supervisar su aplicación. El reto es mayor cuando nos encontramos ante las empresas estatales. En este tipo de empresa, los problemas de agencia plantean que los directorios afrontan riesgos de carencia de profesionalidad, independencia y preparación de sus miembros lo cual, según la evidencia académica, los acerca a la probabilidad de cometer actos de corrupción corporativa.

Por último, en base a la experiencia encontrada en Petroperú, y del análisis hecho en la experiencia comparada en Noruega, Singapur y Canadá, se proponen algunas reglas de buen gobierno corporativo en las empresas estatales: (1) la creación de un programa de denuncias, (2) la prohibición de tener un sistema dual de dirección, (3) la conformación de directorios más diversos y (4) la protección de los derechos de los accionistas minoritarios.

## Referencias bibliográficas

- Abel, P. (2022, 06 de marzo). *Empresas chinas ganaban contratos al mismo estilo del 'Club de la Construcción'*. La República. <https://larepublica.pe/politica/2022/03/06/provias-nacional-empresas-chinas-ganaban-contratos-al-mismo-estilo-del-club-de-la-construcion-mtc-karelim-lopez/?fbclid=IwAR0tExph55GTpC2OtiDkgAyjLVETfGqX7w0D38gS23QWpEftBqRS27WFk>
- Ako, R. (2014). Corporate social responsibility of multinational corporations in developing countries: Perspectives on anti-corruption. *Utrecht Journal of International and European Law*, 30(78), 136-138.
- Andresen, M. S., & Button, M. (2019). The profile and detection of bribery in Norway and England & Wales: A comparative study. *European Journal of Criminology*, 16(1), 18-40. <https://doi.org/10.1177/1477370818764827>
- Beasley, M. (1996). An Empirical Analysis of the Relation Between the Board of Directors Composition and Financial Statement Fraud. *The Accounting Review*, 443-465.
- Boateng, A., Wang, Y., Ntim, C., & Glaister, K. W. (2021). National culture, corporate governance and corruption: A cross-country analysis. *International Journal of Finance & Economics*, 26(3), 3852-3874. <https://doi.org/10.1002/ijfe.1991>
- Calderón, C. (2021, 10 de septiembre). *Ex Graña y Montero alteró estados financieros para declarar pérdidas en el marco del caso Lava Jato*. Ojo Público. <https://ojo-publico.com/3034/exgrana-y-montero-altero-sus-reportes-para-declarar-perdidas/?fbclid=IwAR3EBQ91J-Vwiry2ZB7KTMDQgNwD2-wQsvhZrXI8CGx8gEB4Ks7bWSC1sd4>
- Carr, I., & Opi, O. (2011). Controlling corruption through corporate social responsibility and corporate governance: Theory and Practice. *Journal of Corporate Law Studies*, 11(2), 299-342.
- Castro, P., Phillips, N., & Ansari, S. (2020). Corporate Corruption: A review and an Agenda for Future Research. *Academy of Management Annals*, 14(2), 935-968.
- Corporación FONAFE (2013). Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito de FONAFE. Recuperado de: [https://www.fonafe.gob.pe/pw\\_content/documentosgestion/Aprobacion/13/Doc/1%20Codigo%20bgc.pdf](https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/documentosgestion/Aprobacion/13/Doc/1%20Codigo%20bgc.pdf)
- Fanjul, J. (2008). Corporate corruption in Latin America: Acceptance, bribery, compliance, denial economics, and the foreign corrupt practices act. *Penn State International Law Review*, 26(3), 735-764.
- Fleming, P., & Zyglidopoulos, S. (2009). Charting Corporate Corruption: Agency, Structure and Escalation. *Elgar Publishing*.
- Frías-Aceituno, J., Rodríguez-Domínguez, L., & García-Sánchez, I. (2014). Políticas contra la corrupción y el soborno: ¿se involucran de manera similar los consejeros en diferentes entornos corporativos? *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 23(1), 31-42. <https://doi.org/10.1016/j.redee.2013.09.004>
- García, I., Rodríguez, L., y Gallego, I. (2008). La Influencia del Consejo de Administración en la Adopción de un Código Ético. *Revista de Contabilidad*, 11(2), 93-120.
- Garro, M. (2022, 06 de marzo). *Contratistas de Repsol: personal sin experiencia y sancionadas por Sunafil limpian el derrame*. Ojo Público. <https://ojo-publico.com/3359/las-contratistas-de-repsol-personal-inexperto-y-sancionadas>
- Gottschalk, P. (2020). Convenience in white-collar crime: A case study of corruption among friends in Norway. *Criminal Justice Studies*, 33(4), 413-424. <https://doi.org/10.1080/1478601X.2020.1723084>
- Gottschalk, P., & Smith, C. (2016). Detection of white-collar corruption in public procurement in Norway: The role of whistleblowers. *International Journal of Procurement Management*, 9(4), 427. <https://doi.org/10.1504/IJPM.2016.077703>
- Hess, D. (2012). Combating corruption through corporate transparency: Using enforcement discretion to improve disclosure. *Minnesota Journal of International Law*, 21 (1), 42-74.
- Hodgson, G. & Jiang, S. (2008). La Economía de la corrupción y la Corrupción de la Economía. *Revista de Economía Industrial*, 10(18), 55-80.
- Hostetler, C. (2011). Going from bad to Good: Combating corruption on world bank-funded infrastructure projects. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 14(1), 231-272.



- Kwame, B. (2017). The relationship between corporate governance, corruption and forward-looking information disclosure: a comparative study. *Corporate Governance*, 17(2), 284-304.
- Mantovani, M. (2014). The Private Sector Role in the Fight Against Corruption. En Preventing Corporate Corruption, The Anti-Bravery Compliance Model (pp. 35-42). Springer International Publishing.
- Naciones Unidas, (2008). *Anti-corruption policies and measures of the Fortune Global 500*. [https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools\\_and\\_publications/anti-corruption-policies-and-measures-of-the-fortune-global-500.html](https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/anti-corruption-policies-and-measures-of-the-fortune-global-500.html)
- Naciones Unidas, (2004). *United Nations Convention against Corruption*. [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)
- Nam, C. (2004). Corporate governance in the Republic of Korea and Its Implications for Firm Performance. *ADB Institute Discussion Paper*, 10, 1-49.
- Nichols, P. (1997). Outlawing Transnational Bribery through the World Trade Organization. *Law and Policy in International Business*, (28), 305-381.
- OECD (1997). *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*. [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery\\_spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf)
- OECD (2019). *Diretrices en materia de Lucha Contra La Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas*. <https://www.oecd.org/daf/ca/Guidelines-Anti-Corruption-Integrity-State-Owned-Enterprises-ES.pdf>
- OECD (2011). *Diretrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*. <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>
- Petroperú (2018). *Código de Buen Gobierno Corporativo*. <https://inversionistas.petroperu.com.pe/wp-content/uploads/2018/02/codigo-del-buen-gobierno-corporativo.pdf>
- Quiroz, A. (2018). *Historia de la Corrupción en el Perú*. Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Ryan, L. V. (2005). Corporate Governance and Business Ethics in North America: The State of the Art. *Business & Society*, 44(1), 40-73. <https://doi.org/10.1177/0007650305274850>
- Salazar, E. (2021, 22 de mayo). *Lava Jato: ex Graña y Montero confesó corrupción en 16 proyectos de infraestructura*. Ojo Público. [https://ojopublico.com/2722/lava-jato-ex-grana-montero-confeso-corrupcion-en-16-obras?fbclid=IwAR1EsYP0cMm10k2mXPAkLiWqfuk5NuDqS\\_nZ8rYrBEsdvUaFv8BBeRluas4](https://ojopublico.com/2722/lava-jato-ex-grana-montero-confeso-corrupcion-en-16-obras?fbclid=IwAR1EsYP0cMm10k2mXPAkLiWqfuk5NuDqS_nZ8rYrBEsdvUaFv8BBeRluas4)
- Salazar, E. (2021, 09 de agosto). *Solo en Lima hay 57 casos emblemáticos por corrupción pendientes de resolverse*. Ojo Público. <https://ojopublico.com/2935/los-57-casos-emblematicos-por-corrupcion-que-estan-por-resolverse>
- Sartor, M., & Beamish, P. (2020). Private Sector Corruption, Public Sector Corruption and the Organizational Structure of Foreign Subsidiaries. *Journal of Business Ethics*, 725-744.
- Superintendencia del Mercado de Valores. (2013). *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/GobCorporativo2013.pdf#:~:text=El%20C%C3%B3digo%20de%20Buen%20Gobierno,y%20coadyuve%20a%20la%20generaci%C3%B3n>
- Thu, T., & Van Dijk, M. (2012). Corruption, growth, and governance: Private vs. State-owned firms in Vietnam. *Journal of Banking & Finance*, 36(11), 2935-2948.
- Transparency International & Proética (2019). *XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción*. [https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/02/15034723/PROÉTICA-2019.pdf?fbclid=IwAR3CTMZ30PQE\\_uYHXjCn\\_5zCs8rE3xMi3u2RUng4r61\\_Gq1R-25ziJbFo](https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/02/15034723/PROÉTICA-2019.pdf?fbclid=IwAR3CTMZ30PQE_uYHXjCn_5zCs8rE3xMi3u2RUng4r61_Gq1R-25ziJbFo)
- Transparency International, (2009). *Plain language guide on the fight against corruption*. <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2019/06/Plain-language-guide-on-the-fight-against-corruption-1.pdf>
- Tuan, N. V., & Tuan, N. A. (2016). Corporate Governance Structures and Performance of Firms in Asian Markets: A Comparative Analysis Between Singapore and Vietnam. *Organizations and Markets in Emerging Economies*, 7(2), 112-140. <https://doi.org/10.15388/omee.2016.7.2.14210>
- Vega, G. (2019). *Los estándares del buen gobierno corporativo como alternativa para la prevención de la corrupción corporativa* [Trabajo de Investigación, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15474>
- You, J. (2015). *Development of Corruption Control in South Korea*. <https://www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2015/05/Process-Tracing-of-Corruption-Control-in-South-Korea.pdf>



# **La eficacia del buen gobierno corporativo en las empresas del Estado: los casos de FONAFE y Petroperú<sup>(\*)</sup>**

*The effectiveness of the corporate governance in the corporations owned by the State: FONAFE and Petroperú cases*

**Carlos Enrique Gárate Salvatierra<sup>(\*\*)</sup>**

Superintendencia del Mercado de Valores (Lima, Perú)

**Resumen:** El artículo desarrolla el concepto de buen gobierno corporativo y cómo ha sido incorporado en la normativa para las sociedades y, en especial, las empresas propiedad del Estado. De tal manera, se explican los principales factores que afectan la efectividad de las prácticas de buen gobierno corporativo en las empresas del Estado en comparación a la efectividad que se puede presentar en las sociedades con accionariado netamente privado. Para dicho análisis se tomará como referencia el caso de las empresas bajo el ámbito de FONAFE y Petroperú. Por último, se otorgan propuestas para mejorar el desarrollo de las prácticas de buen gobierno corporativo en las empresas del Estado.

**Palabras claves:** Gobierno corporativo - Empresas del Estado - Administración - Accionariado - Soft law - Transparencia de la información

**Abstract:** The article develops the concept of good corporate governance and how it has been incorporated into the regulations for companies and, especially, state-owned companies. In this way, the main factors that affect the effectiveness of good corporate governance practices in State companies are explained in comparison to the effectiveness that can occur in companies with purely private shareholders. For this analysis, the case of companies under the scope of FONAFE and Petroperú will be taken as a reference. Finally, proposals are made to improve the development of good corporate governance practices in state companies.

**Keywords:** Corporate Governance - State companies - Administration - Shareholders - Soft law - Information transparency

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 1 de octubre de 2022 y su publicación fue aprobada el 19 de noviembre de 2022.

(\*\*) Abogado *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Abogado de la Superintendencia del Mercado de Valores. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3140-9928>. Correo electrónico: cgarate@pucp.edu.pe.



## 1. Introducción

A efectos de explicar qué es el gobierno corporativo, se tiene que mencionar su relación con el derecho societario, siendo que el primero podría ser considerado una evolución del segundo. De tal manera, el derecho societario establece la forma en la que se constituye la sociedad, en tanto le otorga la personalidad jurídica y la estructura mínima que debe tener. En el caso peruano, la Ley General de Sociedades, Ley 26887, establece las formas de constitución de las sociedades, sus tipos, sus órganos de gobierno, etc. Sin embargo, durante la vida de la sociedad, existen diversos aspectos de la gestión de la sociedad que son abordados conforme la discrecionalidad de cada sociedad.

Dentro de ese ámbito de discrecionalidad que el derecho societario otorga a los órganos de gobierno se encuentran temas relevantes como son las funciones del directorio, la compatibilidad de los puestos de gerencia con los puestos del directorio, los criterios para elección de directores, las relaciones entre accionistas, etc. La forma en que se abordan esos temas dependerá de los órganos de gobierno de la sociedad, pudiendo existir casos donde simplemente se opta por no tomar medidas al respecto.

No obstante, la importancia de adoptar medidas claras respecto a dichos temas posee mayor relevancia en sociedades que participan en el mercado de valores, puesto que dichas sociedades tienen estructuras societarias con mayor complejidad. En efecto, en sociedades donde el accionariado se encuentra difundido en un gran número de personas, pero con un accionista controlador, cobra mayor relevancia para los accionistas distintos al controlador la forma en que se relaciona la administración de la sociedad con los accionistas. Esto a fin de evitar prácticas de la administración que no resguarden los intereses de dichos accionistas minoritarios. Ese ámbito de discreción que otorga el derecho societario a los órganos de gobierno para la gestión de las relaciones internas de la sociedad es el gobierno corporativo. Business Roundtable, una organización conformada por los CEOs de las más grande compañías del mundo, sostiene que el gobierno corporativo es el software que permite el desarrollo de las actividades diarias de la sociedad:

A good corporate governance structure is a working system for principled goal setting, effective decision making, and appropriate monitoring of compliance and performance. Through this vibrant and responsive structure, the CEO, the senior management team and the board of directors can interact effectively and respond quickly and appropriately to changing circumstances, within a framework of solid corporate values, to provide enduring value to the shareholders who invest in the enterprise (como se citó en Gilson 2018, p. 8).

En ese sentido, todas las sociedades poseen alguna forma de gobierno corporativo, pero no todas las formas de

gobierno corporativo pueden atender de manera satisfactoria los temas de gestión interna de la sociedad que anteriormente hemos mencionado. En consecuencia, el concepto de buen gobierno corporativo se refiere a un determinado tipo de gobierno corporativo que comprende prácticas que se consideran positivas para la gestión de las relaciones internas de la sociedad, con el fin de cautelar los intereses de la sociedad y todos sus accionistas.

Asimismo, es importante precisar que, conforme se explicó anteriormente, las prácticas de buen gobierno corporativo poseen gran relevancia en sociedades que participan en el mercado de valores y tienen accionariado difundido, puesto que muchas prácticas se encuentran enfocadas a establecer un trato equitativo entre todos los accionistas. Sin embargo, dichas prácticas también pueden ser aplicadas a cualquier sociedad, incluso para dichas sociedades cuya pluralidad de accionistas es limitada o inexistente, como es el caso de empresas con un único accionista. En efecto, las prácticas de gobierno corporativo calificadas como buenas son aplicables a cualquier sociedad, puesto que se encuentran enfocadas a garantizar la buena gestión de la sociedad.

## 2. Incorporación del buen gobierno corporativo en el derecho

Conforme se mencionó anteriormente, el gobierno corporativo nace dentro de ese ámbito de discrecionalidad que se otorga a los órganos de la sociedad, siendo que el derecho societario no establece una forma predeterminada de cómo gestionar dichas relaciones internas de la sociedad. Por tal motivo, el gobierno corporativo, en su origen, depende de la voluntad de los órganos de gobierno, puesto que ellos son los que desarrollan dicho tipo de temas.

En ese sentido, la adopción de las medidas de buen gobierno corporativo no nace por la obligatoriedad de una norma legal. Debe entenderse que el gobierno corporativo puede ser visto como un valor agregado de la sociedad ante los accionistas



y sus potenciales inversionistas, ya que las prácticas de buen gobierno adoptadas por las sociedades permiten a los accionistas o potenciales inversionistas conocer la forma cómo se gestionan las relaciones de la sociedad. En consecuencia, se otorga predictibilidad a los inversionistas o accionistas, reduciendo la posibilidad de que la administración de la sociedad pueda realizar actos contrarios a sus intereses.

No obstante, el gobierno corporativo ya ha sido adoptado por cuerpos normativos, siendo que su importancia debe ser tenida en cuenta para las sociedades con el propósito de que se adopten o tengan en consideración dichas prácticas que son positivas para la sociedad y sus accionistas. La adopción del gobierno corporativo en las legislaciones ha sido realizada mediante el uso del *soft law* y el *hard law*. En efecto, en muchas legislaciones se adoptan las prácticas de buen gobierno corporativo mediante mecanismos de *soft law*, que no son obligatorios o vinculantes a las sociedades, puesto que permiten a las sociedades decidir si incorporar dichas prácticas. El uso del *soft law* para la incorporación de las prácticas de buen gobierno corporativo es positivo, porque dichas prácticas involucran un costo para la sociedad, siendo que dependiendo de las características de la sociedad pueden ser pertinentes o no.

Asimismo, este mecanismo de *soft law* ha sido acompañado en algunos casos con obligaciones de reporte, que obligan a las sociedades a reportar qué prácticas de gobierno corporativo han adoptado. De tal manera, la obligación para la sociedad solo involucra reportar al mercado qué prácticas de gobierno corporativo han incorporado, pero la sociedad mantiene la libertad sobre la decisión de qué prácticas de buen gobierno corporativo adoptar. La mayoría de códigos de buen gobierno corporativo tienen esa característica de *soft law*, siendo cuerpos normativos cuya aplicación no es vinculante para la sociedad.

Sin embargo, algunas prácticas de gobierno corporativo ya se encuentran en cuerpos normativos de *hard law*. Debe mencionarse que la importancia de los temas de gobierno en la gestión de sociedades participantes en el mercado de valores ha cobrado mayor relevancia desde las últimas crisis financieras, conforme sostiene Roca:

La importancia del buen gobierno corporativo ha quedado demostrada luego de las crisis corporativas ocurridas en la última década, que tuvieron como denominador común la existencia de malas prácticas, sustentadas en administradores que dejaron de lado la ética, la regulación y los principios internacionales de contabilidad, poniendo en duda la transparencia y confiabilidad de la información financiera y por tanto la confianza de los inversionistas (2017, p. 143).

En consecuencia, las medidas adoptadas por los distintos gobiernos del mundo para responder ante dichas crisis incluyen medidas sobre el gobierno corporativo de las sociedades. Se opta por no mantener solo un enfoque de *soft law* para dichos temas y, por tanto, se incorporan temas de gobierno

corporativo, como normas obligatorias para determinadas sociedades, especialmente en el sector financiero.

En ese sentido, durante la crisis financiera del año 2001, originada por el escándalo de Enron, las autoridades federales de Estados Unidos tuvieron que responder a la crisis generada mediante nuevas normas. El escándalo de Enron se basó principalmente en el uso de prácticas indebidas en la contabilidad de dicha sociedad, que estaban destinadas a generar un valor falso de la sociedad. En efecto, durante los años anteriores a octubre de 2001, Enron era calificado como uno de los gigantes energéticos más valiosos del mundo, según la información que proporcionaba al mercado al ser una sociedad cotizada en la Bolsa de Valores de Nueva York. La confiabilidad de los supuestos datos sobre el valor de la compañía era respaldada con la participación conjunta de la sociedad auditora Arthur Andersen, una de las cinco sociedades de auditoría y contabilidad más grande del mundo.

El escándalo estalló en octubre de 2001, cuando reveló al mercado una pérdida de 600 millones de dólares y una reducción de 1 billón 200 millones de dólares en su capital accionario. Según Roberts (2008), las acciones de Enron tuvieron una cotización pico de 90 dólares en agosto de 2000, a menos de 1 dólar en octubre de 2001, siendo que en diciembre de ese mismo año Enron pidió la quiebra (p. 53). En consecuencia, los accionistas sufrieron la caída de la inversión de manera dramática al haber adquirido las acciones en base a la realidad falsa que se había producido por parte de las prácticas indebidas en la contabilidad de la sociedad.

En vista de dicha realidad, el enfoque adoptado por el Congreso de los Estados Unidos de América tuvo presente las prácticas de gobierno corporativo que eran utilizadas por Enron como una de los principales problemas para el uso indebido de la contabilidad de la sociedad. Como respuesta a ello, el Congreso aprobó la Sarbanes Oxley Act, que es el primer precedente de una norma con contenido de gobierno corporativo emitida a nivel federal. La importancia de la Sarbanes Oxley Act es



muy importante para el desarrollo del gobierno corporativo, puesto que, anterior a dicha norma, en Estados Unidos se entendía que el gobierno corporativo era competencia de los distintos Estados que lo conforman y las normas de mercado de valores eran de competencia federal, conforme sostiene Cox, Hillaman y Langevoort (2017):

Among other features, the Act (Sarbanes-Oxley Act) sets forth broad prescriptions for corporate governance, authorizes the SEC to develop rules for professional conduct for lawyers, and regulates areas that have always been the province of the states, such as loans to officers and directors (p. 12).

En ese mismo sentido, los temas relacionados al gobierno corporativo en las sociedades participantes del mercado de valores han vuelto a ser analizados a raíz de la crisis financiera del año 2007. De tal manera, al igual que el escándalo de Enron motivó la aprobación de la Sarbanes Oxley Act, la crisis financiera del año 2007 llevó a la aprobación de la Dodd-Frank Act, que es otra ley federal del mercado de valores que contiene disposiciones sobre gobierno corporativo.

Conforme lo expuesto, se debe resaltar que el desarrollo de la normativa sobre gobierno corporativo reside en normas de *soft law* y *hard law*, siendo decisión de las autoridades gubernamentales establecer qué prácticas de gobierno corporativo son incorporadas a las sociedades mediante *soft law* o *hard law*, como son los casos de la Sarbanes Oxley Act y la Dodd-Frank Act.

### **3. El gobierno corporativo en la legislación peruana**

En el Perú, la Ley General de Sociedades, Ley 26887, es la principal norma societaria, puesto que establece la forma de constitución de las sociedades y la forma mínima en que se debe estructurar sus órganos de gobierno. El desarrollo de normas sobre gobierno corporativo ha sido asumido por el organismo público encargado de la supervisión del mercado de valores.

La Superintendencia del Mercado de Valores comprende por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción, según su ley orgánica. Para dicho propósito, la Superintendencia del Mercado de Valores puede dictar las normas legales que regulen materias del mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos. Asimismo, se otorga al Directorio la

Superintendencia del Mercado de Valores la facultad de aprobar la normativa del mercado de valores, mercado de productos y sistema de fondos colectivos, así como aquellas a que deben sujetarse las personas naturales y jurídicas sometidas a la supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

En el ejercicio de dichas facultades, la SMV ha publicado el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas<sup>(1)</sup>, que tiene como influencias las principales normas sobre gobierno corporativo emitidas por entidades como la OECD y la Comunidad Andina de Fomento. De tal manera, el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas comparte la misma naturaleza que los códigos que sirvieron para su elaboración, al ser una norma de *soft law*, permitiendo que las sociedades puedan decidir si incorporar alguna de las prácticas contenidas en dicho código dentro su gobierno corporativo.

El Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas contiene 31 principios, que son prácticas que pueden ser asumidas por la sociedad al ser consideradas buenas. Dichos principios se encuentran separados en cinco secciones o pilares, que son los siguientes:

- Pilar I: Derechos de los accionistas
- Pilar II: Junta general de Accionistas
- Pilar III: El Directorio y la Alta Gerencia
- Pilar IV: Riesgo y cumplimiento
- Pilar V: Transparencia de información

Es importante mencionar que el tercer pilar, que aborda el tema del Directorio y la Alta Gerencia, es el que contiene el mayor número de principios, porque es un tema central del gobierno corporativo la relación que existe entre la gerencia y el directorio, siendo un tema central la división de funciones que deben tener dichos órganos de gobierno de la sociedad. Esto es especialmente relevante para el caso peruano, puesto que

(1) Debe mencionarse que el primer antecedente de una normativa sobre buen gobierno corporativo en el Perú se remonta al año 2002 con el documento denominado "Principios de buen gobierno corporativo para las sociedades peruanas". Dichos principios tenían carácter de guía para las empresas peruanas, sean participantes del mercado de valores o no.



la Ley General de Sociedades establece las atribuciones del gerente en su artículo 188, pero no establece de la misma manera las atribuciones del directorio, siendo que el artículo 152 solo establece que la administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes. En consecuencia, a diferencia del gerente, la Ley General de Sociedades no establece mayor detalle sobre las atribuciones del directorio, salvo que se encuentra encargada de la administración junto con la gerencia. Conforme a ello, la Ley General de Sociedades otorga un amplio espacio de acción a la sociedad para establecer la forma en que el directorio y la gerencia desarrollan su función de administración, siendo que podrían hasta sobreponerse en el desarrollo de dichas actividades.

El carácter de *soft law* del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas es acompañado por una obligación de reporte establecida por la Superintendencia del Mercado de Valores, en el ejercicio de sus facultades anteriormente mencionadas. De tal manera, los emisores de valores bajo la supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores deben presentar el denominado "Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas". En dicho reporte, los emisores informan su nivel de adopción de los principios establecidos en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Asimismo, se adopta el criterio de cumplir o explicar, que otorga a las sociedades estas dos opciones:

Cumplir: en caso la sociedad informe en el reporte que cumple totalmente con determinado principio del código, debe tener la documentación o evidencia que sustenta dicha respuesta.

Explicar: en caso que la sociedad informe que no cumple con determinado principio, debe explicar las razones por las que no adopta dicho principio. Asimismo, la sociedad también debe explicar en el caso que considera que ha adoptado de manera parcial el principio.

El mecanismo adoptado por la Superintendencia del Mercado de Valores respecto a la publicación del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, y la obligación de presentación del Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, permite mantener la flexibilidad y la normativa sobre gobierno corporativo. Esto se debe a que posibilita a las sociedades a adoptar los principios y prácticas de buen gobierno corporativo que más respondan a su realidad y posibilidades, recalándose que muchas prácticas de gobierno corporativo pueden también involucrar un costo adicional para las sociedades. En consecuencia, aplicar un estándar único de gobierno corporativo para todas las sociedades podría ser perjudicial para las mismas, ya que no todas tienen las mismas condiciones. Asimismo, mediante la obligación de presentación del Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, las sociedades tienen presente los principios establecidos en el

código y evaluar su cumplimiento o explicar su falta de adopción. Por último, dicho reporte brinda la información al mercado respecto a qué sociedades adoptan los principios de gobierno corporativo.

Debe recordarse el carácter de valor agregado que poseen las prácticas de buen gobierno corporativo frente a los accionistas e inversionistas, puesto que estas prácticas, conforme se ha dicho antes, buscan generar confianza en el mercado respecto al gobierno de la sociedad. Esto al reducir la discrecionalidad de la administración de la sociedad en aspectos centrales del gobierno de la sociedad.

#### 4. El régimen jurídico de las empresas del Estado

En el ordenamiento jurídico peruano, se encuentran reconocida la actividad empresarial del Estado, mediante empresas donde la propiedad recae total o parcialmente en el Estado a través de sus distintos órganos. De tal manera, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, establece lo siguiente:

Artículo 60: El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo (sic) autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Conforme a la Constitución, el Estado puede realizar actividad empresarial, mediante sus empresas, pero con la autorización expresa del Congreso mediante una ley. Asimismo, se establece expresamente que el tratamiento de la actividad empresarial del Estado tiene el mismo tratamiento legal que la actividad privada.

De tal manera, actualmente, según el organigrama del Estado, aprobado por la Presidencia del Consejo de Ministros, a la fecha existen las siguientes treinta y cuatro empresas del Estado:



ENACO	EDITORIA PERU	AGRO-BANCO	INDAER PERU	SIMA IQUITOS
SIMA PERU	FAME	COFIDE	BANCO DE LA NACION	ADINELSA
ELECTROUCAYAL	HIDRANDINA	PETROPERU	SEAL	EGEMSA
EGESUR	ELECTRO-NORTE	ACTIVOS MINEROS	EGASA	ELECTRO ORIENTE
ELECTRO PUNO	ELECTRO SUR ESTE	ELECTRO CENTRO	ELECTRO NOROESTE	ELECTRO PERU
PERUPETRO	SAN GABAN	ELECTRO SUR	CORPAC	ENAPU
SERPOST	MI VIVIENDA	SEDAPAL	FONAFE	

Dicho organigrama no comprende a Petroperú, que fue fundada en 1969 y cuya actividad comercial se centra en la industria del petróleo. Sin embargo, dicha empresa tiene una gran relevancia al ser una de las empresas del Estado más importantes por la relevancia de la industria donde opera y el monto de la inversión que demanda. Asimismo, es importante mencionar que existen más empresas del Estado que tampoco se encuentran mencionadas en el organigrama aprobado por la Presidencia del Consejo de Ministros, como es el caso de empresas municipales o las empresas constituidas como centros de producción de universidades públicas. No obstante, el presente artículo solo tendrá en cuenta las empresas del Estado bajo el ámbito de FONAFE y Petroperú.

#### **4.1. Empresas bajo el ámbito de FONAFE**

Dentro de las treinta y cuatro empresas del Estado, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) tiene una relevancia especial, puesto que su rol es la gestión de la mayoría de empresas del Estado. En efecto, la Ley 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, establece que FONAFE es una empresa de derecho público cuyo propósito es normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.

De tal manera, FONAFE es la empresa gestora de las otras empresas del Estado, puesto que no desempeña una actividad empresarial en algún sector específico, como es el caso de las demás empresas del Estado. En consecuencia, FONAFE ejerce las facultades de los accionistas en las empresas del Estado, en tanto que la Ley 27170 establece que las empresas del Estado deberán transferir a FONAFE las utilidades distribuibles obtenidas en el ejercicio anterior antes del 30 de abril de cada año.

Asimismo, el Decreto Legislativo 1031 establece disposiciones que promueven la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado al precisar las siguientes formas en que el Estado realiza su actividad empresarial:

- Empresas del Estado de accionariado único: empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado tiene la propiedad total de las acciones y, en consecuencia, tiene pleno control de la junta general de accionistas.
- Empresas del Estado con accionariado privado: empresas organizadas como sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, en consecuencia, ejerce el control de la sociedad.
- Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Es importante precisar que la participación del Estado como accionista minoritario en una sociedad no es considerada actividad empresarial del Estado, conforme lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1031. En ese mismo sentido, FONAFE posee gran relevancia sobre gobierno de las empresas que se encuentran bajo su ámbito, ya que es el encargado de designar a los directores de dichas empresas, siendo que el procedimiento de designación depende de las siguientes situaciones:

Empresas en las cuales el Estado es el único accionista: las designaciones de los directores son realizadas mediante acuerdos del Directorio de FONAFE.

- Empresas en las que el accionista mayoritario es el Estado: la elección de los directores debe resguardar los derechos de los accionistas minoritarios, según lo establecido en la Ley General de Sociedades y el Código Marco de Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado.
- Empresas en las que el Estado tiene participación minoritaria: la designación de directores se realiza, según la Ley General de Sociedades. Según las instrucciones de FONAFE, se propondrán en la Junta General de Accionistas a los directores a ser designados.

Conforme lo expuesto, se puede entender la importancia de FONAFE en las empresas



del Estado, puesto que ejerce las funciones de accionista en las empresas del Estado bajo su ámbito y, por tanto, también el del gobierno de la empresa. Las empresas del Estado bajo el ámbito de FONAFE son todas las empresas del Estado mencionadas en el cuadro anterior.

#### 4.2. Petróleos del Perú - Petroperú S.A.

El caso de Petroperú es importante, puesto que es una de las empresas del Estado más importantes debido a su actividad económica y el volumen de inversión relacionada a sus operaciones, siendo que su capital social asciende a S/ 5,368,412,525.00 (cinco mil trescientos sesenta y ocho millones cuatrocientos doce mil quinientos veinticinco y 00/100 Soles)<sup>(2)</sup>. Petroperú se encuentra expresamente excluida del ámbito de FONAFE, conforme lo establecido en el artículo 1<sup>(3)</sup> de la Ley 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Privada del Estado.

De tal manera, la designación de sus directores es diferente al mecanismo establecido para las empresas que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de FONAFE. Conforme su estatuto, el directorio está conformado por seis (6), que son designados de la siguiente manera:

Cinco (5) directores son designados por la junta general de accionistas, distribuidos de la siguiente manera:

- Tres (3) directores son calificados como no independientes al ser personas con experiencia y capacidad profesional, pero su pertinencia se deriva de la participación accionaria de un accionista concreto con quien se puede identificar el origen de su nombramiento.
- Dos (2) directores que deben ser calificados como independientes al ser personas con experiencia y capacidad profesional. Estos directores deben asegurar su imparcialidad, objetividad e independencia. En consecuencia, su designación solo debe responder a su pertinencia en el directorio, sin tener alguna relación con intereses de algún accionista en particular.
- Un (1) director designado por los trabajadores de Petroperú.

Petroperú es una empresa donde el único accionista es el Estado y, en consecuencia, su junta general de accionistas también tiene particularidades diferentes a las de sociedades netamente privadas. Según su estatuto, la Junta General de

Accionistas de Petroperú está conformada por cinco (5) miembros, que es presidida por el Ministro de Energía y Minas y los otros (4) son designados mediante Decreto Supremo.

Es importante precisar que existen dos clases de acciones en Petroperú, que son clase A y B, puesto que el estatuto comprende el supuesto en que las acciones clase B no sean de propiedad del Estado peruano. Sin embargo, actualmente el único accionista de Petroperú es el Estado.

### 5. Las normas de buen gobierno corporativo en las empresas del Estado

#### 5.1. El Buen Gobierno Corporativo en las empresas bajo el ámbito de FONAFE

FONAFE posee una gran importancia respecto al gobierno corporativo de las empresas del Estado bajo su ámbito, puesto que es una empresa constituida para organizar la gestión de las otras empresas del Estado.

En ese sentido, FONAFE no solo ha cumplido su encargo de designar a los directores de las empresas del Estado, debido a que también ha emitido normas sobre el gobierno corporativo de dichas empresas. En efecto, mediante Acuerdo de Directorio No. 002-2013/003-FONAFE de fecha 08/03/2013, el Directorio de FONAFE aprobó el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito de FONAFE.

Dicho Código tiene como principales influencias los criterios de Buen Gobierno Corporativo desarrollados por organizaciones internacionales y nacionales, como son los establecidos por Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Banco Mundial (BM), la

(2) Capital social señalado en la memoria anual de Petroperú correspondiente al año 2021.

(3) Artículo 1.- FONAFE: Objeto

1.1 El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado -FONAFE- es una Empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.

1.2 No se encuentran comprendidos dentro del ámbito del FONAFE:

Las Empresas Municipales.

Las Empresas y Centros de Producción y de Prestación de Servicios de las Universidades Públicas. El Seguro Social de Salud - Essalud.

La Empresa Petróleos del Perú - PETROPERU S.A.”



Superintendencia del Mercado de Valores del Perú (SMV) y la Bolsa de Valores de Lima (BVL). Asimismo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) colaboró en el desarrollo de dicho código.

El Código contiene treinta y cuatro (34) principios y dividido en las siguientes siete (7) secciones:

- Objetivo de la Empresa de Propiedad del Estado (EPE): la sección contiene un único principio. Este establece que la EPE debe contar con objetivos claros y transparentemente establecidos, que le permitan operar como negocio exitoso, de modo que se busque el mayor alcance posible de acuerdo a la naturaleza de su actividad y que, a la vez, propicien su desempeño eficiente y sostenible. Así, se coadyuva su viabilidad financiera. Asimismo, se establece la obligación del directorio de la EPE en supervisar el cumplimiento de los objetivos.
- Marco Jurídico de la EPE: se encuentran integrados por tres principios que abarcan la obligación de las EPE de establecer procedimientos claros para la solución de conflictos dentro de la empresa, de modo que se guarde la neutralidad en los casos donde el conflicto sea entre dos accionistas.
- Derechos de propiedad: esta sección abarca diez principios que comprenden la forma en la que deben ejercerse los derechos y obligaciones por parte de los accionistas de la EPE. De tal manera, se establecen medidas sobre cómo debe convocarse y conducirse las juntas generales de accionistas y, así, se asegure el igual trato a todos los accionistas de la empresa. Asimismo, se establece que la política de distribución de utilidades debe ser pública. Por último, se dispone que, en los casos donde el Estado deje de ser propietario de la EPE, se debe proporcionar toda la información sobre la naturaleza y condiciones de las transacciones a realizarse, para que los accionistas o grupos de interés tomen las medidas que estimen convenientes.
- El directorio y gerencia: esta sección comprende la división de funciones que deben cumplir el directorio y la gerencia, así como su conformación. De tal manera, se establece que la designación de directores debe ser producto de una rigurosa evaluación de los perfiles de los candidatos propuesta y debe contemplar sus características de independientes o no. Asimismo, las funciones del directorio y la gerencia deben ser claramente establecidas y separadas, a fin de evitar una duplicidad de funciones o una sobre concentración del poder en un órgano de la EPE. Por otro lado, se establece la responsabilidad del directorio de la EPE para conformar comités especiales que apoyen en asuntos importantes y permanentes de la marcha de la EPE, pues dichos comités deben informar al Directorio el resultado de sus labores. Por último, el directorio debe aprobar un

plan de continuidad de operaciones en los casos de sucesión del personal directivo con el fin de minimizar los efectos de la transición. Además, es recomendable que la EPE cuente con un plan de sucesión que permita el crecimiento profesional de sus colaboradores.

- Política de riesgos y código de ética: esta sección comprende dos principios. Por un lado, la EPE debe disponer de sistemas y procedimientos que permitan identificar oportunamente los distintos riesgos que enfrenta y los potenciales efectos sobre el funcionamiento y la situación financiera de la empresa. Por otro lado, el directorio debe aprobar un Código de Ética que abarque temas como la gestión de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, información privilegiada, procesos de compra, pagos impropios, donaciones, nepotismo, actividades políticas, medio ambiente, seguridad del trabajo, entre otros. El Código de Ética debe establecer principios que promuevan la comunicación de dichas situaciones por parte de los colaboradores de la EPE.

- Transparencia y divulgación de información: esta sección comprende ocho principios que abarcan la forma en que se debe divulgar la información respecto a la gestión de la EPE. En ese sentido, se establece que el estándar de transparencia de la información debe ser el mismo que establece la Superintendencia del Mercado de Valores para los emisores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores. Por otro lado, se establece que la información financiera debe ser elaborada con los estándares contables más exigentes posibles. Por último, se establecen disposiciones sobre las auditorías interna y externa, que aseguran que tanto el auditor interno como el externo deben realizar sus labores con independencia.

## **5.2. El Buen Gobierno Corporativo en las empresas bajo el ámbito de FONAFE**

Similar al caso de las empresas bajo el ámbito de FONAFE, el directorio de Petroperú aprobó el Código de Buen Gobierno Corporativo,



mediante el Acuerdo de Directorio No. 047-2018-PP. Dicho código está conformado por treinta y un (31) principios divididos en cinco pilares.

- Pilar I: Derechos de los accionistas; este pilar comprende siete (7) principios que regulan la relación que debe tener con todos sus accionistas, de modo que se asegure paridad de trato, entrega de información, forma de participación, entre otros. Asimismo, establece que la empresa buscará establecer mecanismos para que se recurra al arbitraje para solución de controversias entre los accionistas, siendo que la empresa debe mantenerse neutral en los conflictos entre accionistas.
- Pilar II: Junta General de Accionistas; este pilar comprende siete (7) principios que establecen las obligaciones de Petroperú relacionada a la junta general de accionistas. De tal manera, se establece que se debe aprobar un reglamento de la junta general de accionistas que establezca claramente la forma de convocatoria, preparación, información, concurrencia y desarrollo de la misma. En adición a esto, se establece que los puntos de agenda deben ser establecidos claramente en la convocatoria de la junta y que debe entregarse a los accionistas toda la información relevante sobre cada punto de agenda.
- Pilar III: Directorio y la Gerencia; este pilar comprende diez (10) principios referidos a la forma en que se deben estructurar las relaciones entre el directorio y la gerencia. Se establece que el directorio aprueba y dirige la estrategia corporativa de la empresa, controla y supervisa la gestión, supervisa las prácticas de buen gobierno corporativo, y establece las políticas y medidas necesarias para su mejor aplicación. Asimismo, se establece que criterios deben cumplir los directores que sean calificados como independientes; por ejemplo, no ser funcionario o servidor público. Por otro lado, se establece la aplicación del Código de integridad y conflictos de interés para todas las personas que realizan alguna labor vinculada a Petroperú. Por último, se establece que el directorio es responsable de aprobar las operaciones con partes vinculadas, entendidas como toda transferencia de recursos, servicios u obligaciones entre ellos.
- Pilar IV: Riesgo y cumplimiento; este pilar comprende tres (3) principios referidos al sistema de gestión de riesgos y control. En primer lugar, el directorio debe aprobar una Política Integral de Riesgos al establecer los roles, responsabilidades y líneas de reportar. En segundo lugar, se establecen disposiciones respecto a las auditorías interna y externa, donde se posee como principal objetivo asegurar la independencia y experiencia que deben tener los auditores de la sociedad.
- Pilar V: Transparencia de la información; esta sección posee cuatro (4) principios que abarcan obligaciones de la empresa

respecto a la información que debe entregar a sus accionistas y al público en general. De tal manera, el directorio debe aprobar una política de información y comunicaciones que abarquen toda la información que pueda ser relevante para las decisiones de inversión y establecer la forma de su difusión. Además, se establece que la empresa debe revelar de manera actualizada la información sobre su estructura accionaria y acuerdo entre accionistas. Por último, se establece la elaboración anual del Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo, que deberá ser sometido a conocimiento de la Junta General de Accionistas e integrado a la memoria anual.

## **6. El problema del buen gobierno corporativo en las empresas del Estado**

Se han desarrollado los orígenes del gobierno corporativo y las razones de su importancia, siendo que el buen gobierno corporativo se considera una forma de creación de valor para la sociedad, ya que son consideradas positivas por los participantes del mercado. Por tanto, otorgan un mayor valor a los valores emitidos por dicho tipo de sociedades. En consecuencia, se evidencia que existe un vínculo entre las sociedades que adoptan prácticas de buen gobierno corporativo y participan en el mercado de valores, puesto que el mercado de valores permite concretar ese valor agregado que se generan por las prácticas de buen gobierno corporativo. No obstante, se vuelve a recalcar que la adopción de prácticas de buen gobierno corporativo es positiva también para sociedades que no tienen esa exposición al mercado de valores y no cuentan con accionariado difundido (como es el caso de las empresas familiares o empresas del Estado). No obstante, es evidente que dichas empresas no van a generar ese valor agregado que pueden generar las empresas que participan en el mercado de valores, ya que el valor de sus acciones se ven influenciadas por las prácticas de gobierno corporativo que adoptan.

En ese sentido, ya se ha explicado la normativa sobre buen gobierno corporativo



para todas las sociedades que participan en el mercado de valores y, además, se han desarrollado las normas sobre buen gobierno corporativo que son establecidas particularmente para las empresas propiedad del Estado. Es importante mencionar que Petroperú, y muchas de las empresas que se encuentran bajo el ámbito de FONAFE, son empresas inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores y, por tanto, tienen que cumplir con las disposiciones de la Superintendencia del Mercado de Valores. Sin embargo, en el caso de las empresas del Estado, el buen gobierno corporativo no tiene los efectos o el mismo tratamiento efectivo que tienen las sociedades privadas que participan en el mercado de valores. Dicha diferencia se debe a múltiples factores que tienen relación con la diferencia entre la naturaleza de las empresas del Estado y las otras sociedades.

Conforme a ello, se explicarán los principales factores que afectan a que las prácticas de buen gobierno corporativo no tengan la misma eficacia en las empresas del Estado que en las empresas de accionariado privado, puesto que dichos factores son propios a la naturaleza de las empresas del Estado.

#### **6.1. Fuentes de financiamiento**

El Buen Gobierno Corporativo genera beneficios para la obtención de financiamiento para las sociedades que lo adoptando. De tal manera, las sociedades requieren de financiamiento para realizar sus actividades productivas, que puede ser mediante el capital aportado por sus propios accionistas o mediante contraer deuda, sea bancaria o mediante el uso del mercado de valores. En vista de ello, el buen gobierno corporativo de una sociedad es un factor que facilita la obtención de financiamiento, puesto que genera expectativas positivas respecto a la gestión de la sociedad en comparación de una sociedad que no tiene definidas sus normas de gobierno corporativo. Por ejemplo, una sociedad que adopta prácticas de buen gobierno corporativo podrá acceder a mejores tasas de interés si decide finanziarse mediante deuda, o podrá atraer a nuevos accionistas con mayor facilidad.

Asimismo, es evidente que cualquier escándalo respecto al gobierno corporativo de la sociedad generaría un efecto adverso para la sociedad, restando aquellos beneficios conseguidos por la adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo. En consecuencia, el factor del buen gobierno corporativo se podría considerar como un condicionante para la obtención de financiamiento.

Sin embargo, en el caso de las empresas del Estado, su financiamiento puede tener distinta naturaleza, puesto que no afrontan la misma realidad que las sociedades netamente privadas, que necesitan obtener financiamiento muchas veces

por deuda. En efecto, las empresas en las cuales el Estado es el único propietario tienen la posibilidad de no depender de su calificación crediticia para mantener el desarrollo de sus operaciones, en tanto que el Estado puede seguir manteniéndolas a flote. En consecuencia, puede darse el caso de empresas con mala calificación crediticia, pero que subsisten mediante las inyecciones de capital que realiza el Estado o pueden obtener recursos del mercado de valores. No obstante las perspectivas negativas sobre la empresa generan que el costo del financiamiento sea elevado en intereses.

A manera de ejemplo, Petroperú es una de las principales empresas de propiedad del Estado, teniendo un capital ascendente a S/ 5,368,412,525.00 (cinco mil trescientos sesenta y ocho millones cuatrocientos doce mil quinientos veinticinco y 00/100 Soles). Dicha empresa tuvo una baja en su calificación crediticia, según Fitch Rating, donde pasó de una calificación de BBB- a BB+. La baja en la calificación de los bonos de Petroperú significa que sus bonos sean calificados como "bonos basura"<sup>(4)</sup>, que involucra la existencia de un riesgo considerable de incumplimiento de pagos por parte de Petroperú, pero ofrecen una rentabilidad alta a los bonistas para compensar dicho riesgo<sup>(5)</sup>. En vista de ello, tenemos que Petroperú afrontaría una gran dificultad para obtener financiamiento, puesto que debe pagar intereses altos para financiarse mediante deuda y, por tanto, sus posibilidades de financiamiento dependerán de las inyecciones de capital que realice su único accionista, el Estado.

En vista de ello, el Ministerio de Economía y Finanzas aprobó un aporte de capital a Petroperú por un monto ascendente a S/ 4,000,000,000.00 (cuatro mil millones y 00/100 de Soles). Dicho aumento es una muestra de la diferencia entre la capacidad de financiamiento de una empresa del Estado ante una empresa de accionariado privado, puesto que ambas tienen la posibilidad de recibir financiamiento

(4) Conforme sostiene Fabozzi (2015), los bonos basura o bonos de alto rendimiento son aquellos bonos cuya clasificación se encuentra fuera de las 4 primeras categorías utilizadas por la clasificadora de riesgo (p. 487).

(5) Respecto a las perspectivas sobre la imposibilidad de Petroperú para cumplir con sus pagos, véase García (2022).



mediante el aporte de sus accionistas; sin embargo, es evidente la diferencia entre la cantidad de los recursos que puede utilizar un Estado y un accionista privado.

En conclusión, se quiere evidenciar que una sociedad con accionariado netamente privado que afrontase los problemas de Petroperú podría estar ya dentro de un procedimiento de salida del mercado, o tendría que buscar restructurarse, incluyendo la revisión de sus temas de gobierno corporativo para mejorar sus perspectivas frente al mercado<sup>(6)</sup>. En el caso de Petroperú, como empresa del Estado, puede afrontar los problemas de manera diferente, puesto que puede contar con el respaldo que ofrece su propietario (el Estado), otorgándole mejores posibilidades de mantenerse en el mercado que cualquier otra empresa privada que afronte las mismas condiciones.

## 6.2. Diferente interés en la propiedad de la empresa

Una de las principales diferencias en la aplicación del buen gobierno corporativo en las empresas del Estado y las otras sociedades es el interés del Estado y los intereses de los accionistas privados. De tal manera, el interés del accionista privado está relacionado al valor de su inversión y, por tanto, la adopción de prácticas de buen gobierno corporativo son una forma de agregarle valor a su inversión, siendo una forma de aumentar el valor de las acciones por el interés de los demás participantes del mercado en ese tipo de prácticas o facilitando la obtención de capital mediante deuda con mejores condiciones que las ofrecidas a sociedades que no tienen gobierno corporativo.

Sin embargo, el Estado no siempre considera aumentar el valor de su inversión como un interés principal, siendo que muchas veces existen otros intereses que son considerados más preponderantes que el valor de la inversión. En efecto, muchas veces existe un interés político respecto a las actividades de la empresa propiedad del Estado. Dicho interés político puede ser contrario a una correcta gestión de la empresa, como es el caso de designaciones de gente no capacitada en cargos importantes o el uso de las actividades de la empresa con fines políticos o electorales. El buen gobierno corporativo es una forma de disminuir este tipo de problemas, puesto que, al reducir la discrecionalidad de los órganos de administración de la sociedad, se busca establecer una mayor diligencia en el desarrollo de las actividades de la sociedad.

Esto es especialmente reconocido en el caso de las empresas de FONAFE, ya que, conforme lo mencionado anteriormente respecto al Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito de FONAFE, se reconoce como un principio que la EPE debe operar como un negocio exitoso: Principio 1: Objetivos.

La EPE debe contar con objetivos clara y transparentemente establecidos que le permitan operar como negocio exitoso, de modo que se busque el mayor alcance posible de acuerdo a la naturaleza de su actividad y que, a la vez, propicien su desempeño eficiente y sostenible, motivando así su viabilidad financiera.

Tales objetivos deberían alcanzarse mediante la orientación y lineamientos establecidos por el Directorio, y constar de forma escrita, de manera ordenada y clara, y ser adecuadamente difundidos. El Directorio, a su vez, debería monitorear y hacer seguimiento a los indicadores de gestión y desempeño vinculados a los objetivos de la EPE. Asimismo, la consecución de los objetivos debe permitir, a través del tiempo, la definición de metas mensurables.

De tal manera, dicho principio tiene como propósito establecer que los órganos de gestión de la sociedad deben estar orientados a la generación de valor en la empresa, que es lo que se puede asociar como un negocio exitoso. Esto se debe a que nadie podría argumentar que una empresa que no genera valor a la inversión realizada por sus accionistas puede ser calificada como exitosa. En consecuencia, se establece que la gestión de la empresa debe observar su viabilidad financiera, siendo que no puede desarrollar actividades que comprometan ese criterio. El uso para fines políticos de la empresa sería considerado como una contravención a dicho principio, puesto que no persigue una característica de creación de valor económico o uso eficiente de los recursos.

Dicho principio es necesario en el ámbito de las empresas bajo el ámbito de FONAFE por la particularidad de que son empresas propiedad del Estado, puesto que no queda duda que una sociedad que no genera valor para sus accionistas no es algo común siendo contrario al fin de lucro que se persigue con la naturaleza de la sociedad.

Sin embargo, a pesar de la existencia de dicho principio, no se puede eliminar el

(6) Los cuestionamientos al beneficio económico producido por la modernización de la Refinería de Talara son amplios, conforme los explica Ríos (2012) y El Comercio (2019).



efecto de los intereses distintos del Estado, puesto que el buen gobierno corporativo necesita también la participación de los accionistas de la empresa. En efecto, son los accionistas los que tienen la propiedad de la empresa y, por tanto, pueden retirar a aquellos directores o gerentes que consideren que no cumplen con las prácticas de buen gobierno corporativo. En caso el Estado no tenga ese interés de buscar la generación de valor de su inversión, puede llegar al punto de permitir que los órganos de gestión de la empresa realicen prácticas contrarias al buen gobierno corporativo.

Asimismo, es importante mencionar que no existe un principio similar en el Código de Buen Gobierno Corporativo de Petroperú, siendo que dicha ausencia puede ser la razón por la que dicha empresa emprende el desarrollo de ciertos proyectos que no aparentan tener una razón principalmente económica, sino una razón más política. Un ejemplo de dicha situación es la modernización de la Refinería de Talara, que es un proyecto que ha sido cuestionado por su utilidad con relación a su inversión<sup>(6)</sup>.

En ese mismo sentido, se puede considerar que el ejercicio de la propiedad que realizan los accionistas privados, en el caso de las empresas del Estado, es asumido en parte por las labores de control que realiza la Contraloría General de la República. En efecto, similar al caso de los accionistas privados que buscan maximizar su inversión, la Contraloría General de la República tiene la función de asegurar la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a su control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.

Conforme a ello, se puede entender que las labores de control de la Contraloría General de la República son un símil a los intereses que tienen los accionistas privados en el ejercicio de la propiedad de la sociedad, puesto que buscan maximizar la inversión y la eficiencia de los recursos de la sociedad. Sin embargo, dichas labores desarrolladas por la Contraloría todavía mantienen diferencias en su aplicación en comparación al accionista privado, puesto que la propiedad sigue recayendo en el Poder Ejecutivo, así que la designación de directores y gerentes no está dentro de las competencias del sistema de control.

### **6.3. El problema del accionista único**

Conforme se mencionó al inicio del presente artículo, los orígenes del buen gobierno corporativo están relacionados a la forma en que se relacionan todos los accionistas de la sociedad y el trato de la gestión de la sociedad hacia ellos. En efecto, muchas medidas de buen gobierno corporativo están

enfocadas en la protección a los accionistas minoritarios, puesto que se podrían encontrar expuestos a prácticas adversas a sus intereses por parte del accionista mayoritario y la administración de la sociedad.

En ese sentido, el buen gobierno corporativo establece medidas para otorgar seguridad y predictibilidad a los accionistas minoritarios respecto a la actuación del accionista mayoritario y la gestión de la sociedad. Asimismo, es importante la participación de dichos accionistas, puesto que permiten descubrir el grado de cumplimiento de las normas de gobierno corporativo, siendo una importante fuente de información para el mercado a través de su posición sobre las acciones de la sociedad.

De tal manera, en caso de las empresas bajo el ámbito de FONAFE, la normativa comprende la existencia de empresas en las que existen accionistas minoritarios privados o darse el caso de que el Estado sea el accionista minoritario. En consecuencia, se hace pertinente establecer principios que regulen las relaciones entre los accionistas y, asimismo, la relación de la gestión de la sociedad con todos los accionistas.

Sin embargo, en el caso de Petroperú y las demás empresas donde el Estado es el único accionista, el gobierno corporativo deja de tener esa relevancia en los temas de relaciones entre accionistas y la relación de la gestión de la sociedad con los accionistas. Esto se debe a que existe un único accionista y, por tanto, no es necesario establecer reglas que generen predictibilidad a un tercero como sería el caso de un minoritario. Asimismo, se pierde los beneficios que la participación de un accionista minoritario ofrece de cara al mercado.

Se entiende que dicho problema es comprendido por los códigos de gobierno corporativo que tienen presente el supuesto de empresas donde el único accionista es el Estado y, por tanto, las prácticas de buen gobierno corporativo respecto a las relaciones con otros accionistas son impracticables. Por tal motivo, se adoptan otras prácticas de

(6) Los cuestionamientos al beneficio económico producido por la modernización de la Refinería de Talara son amplios, conforme lo explica Ríos (2012) y El Comercio (2019).



buen gobierno que sí son aplicables por las características de dichas sociedades. No obstante, se considera que la inclusión de accionistas minoritarios en las empresas del Estado es beneficiosa, puesto que permitiría incorporar un cierto tipo de termómetro respecto a la conducción de la sociedad y, en especial, al cumplimiento de las prácticas de buen gobierno corporativo.

A manera de ejemplo, no sería una opción atractiva para la mayoría de inversionistas entrar como un accionista minoritario en una sociedad, donde no existen prácticas de buen gobierno corporativo. En ese mismo sentido, un accionista minoritario que se encuentra atrapado en una sociedad que tiene prácticas contrarias al buen gobierno corporativo va a tratar de salir de la sociedad tirando el precio de las acciones para abajo si es que consigue comprador.

## 7. Medidas para mejorar la eficacia de las prácticas de buen gobierno en las empresas del Estado.

Se debe partir de que es un acierto la aprobación del Código de Buen Gobierno Corporativo por parte de FONAFE para sus empresas; puesto que, conforme se ha explicado anteriormente, las particularidades de las empresas del Estado producirían que no existieran los mismos incentivos para la adopción de las prácticas de buen gobierno corporativo que los incentivos que tienen las sociedades con accionariado solamente privado. En efecto, en el caso de las sociedades que participan en el mercado de valores que tienen que observar el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, el carácter de *soft law* de dicha norma permite que adopten las prácticas de buen gobierno corporativo que mayor se ajusten a su interés y su realidad, siendo que algunas medidas pueden ser costosas para la sociedad; no obstante, sigue existiendo el incentivo de adopción de dichas prácticas, en tanto son una forma de generación de valor para la sociedad. En contraste, en las empresas del Estado, no existiría ese incentivo para adoptar las medidas de buen gobierno corporativo y, por tanto, se considera un acierto la implementación obligatoria de prácticas de buen gobierno corporativo, como dicta el Directorio de FONAFE a los directores de las empresas que supervisa.

En ese sentido, una opción recomendada para mejorar la eficacia de las prácticas de buen gobierno corporativo es buscar que las empresas del Estado tengan una realidad similar a las otras sociedades que participan en el mercado de valores. El artículo 60 de la Constitución establece que la actividad empresarial del Estado tiene el mismo tratamiento legal que la actividad privada, pero dicha igualdad debería ser extendida a todos los ámbitos.

De tal manera, las empresas del Estado deberían estar expuestas a las mismas condiciones que las sociedades de accionariado privado, siendo que deben tener observancia a su gobierno corporativo para conseguir condiciones favorables para el financiamiento de sus actividades sin depender de forma desmedida en la capitalización que puede ofrecer el Estado. A manera de ejemplo, establecer que Petroperú obtenga su financiamiento solamente mediante mecanismos del mercado obligaría que dicha empresa deba reorganizar su gestión, puesto que la insistencia en proyectos que no sean viables económicamente y prácticas de gestión no compatibles con el buen gobierno corporativo, volverían insostenible a la empresa.

No obstante, es oportuno mencionar que las diferencias en el tratamiento otorgado a las empresas del Estado no solo significan una ventaja para las mismas, como es el caso del respaldo financiero que puede otorgar el Estado en comparación a los accionistas privados. En efecto, las empresas del Estado también enfrentan diferencias que son obstáculos para el desarrollo libre de sus actividades, como es el caso de someterse a la normativa sobre contrataciones del Estado o la normativa del sistema de control que dirige la Contraloría General de la República. Los objetivos de dichas normativas podrían ser alcanzados también bajo la implementación de buenas prácticas de gobierno corporativo sin implicar una duplicidad de los costos que debe asumir la sociedad.

Asimismo, es importante permitir la participación del accionariado privado en las empresas del Estado, ya que esto facilita la supervisión sobre la gestión de la misma. En vista de ello, el accionista privado se encontraría atraído a ingresar en una empresa del Estado, en tanto perciba que dicha empresa cumple con el objetivo de tener una gestión dirigida como un negocio exitoso. Esto se debe a que persiguen obtener un beneficio de su inversión. De tal manera, la falta de interés de la inversión privada puede ser considerada un termómetro sobre la marcha de la sociedad y, en especial, sobre su gobierno corporativo.



Continuando con Petroperú como objeto de ejemplo, el ingreso de capital privado a dicha empresa requeriría grandes cambios a la gestión de la empresa, siendo que actualmente su calificación de crediticia evidencia que la empresa no está siendo conducida como un negocio exitoso y, por tanto, el ingreso de capital privado sería una fuerte señal para el mercado de que la conducción de la empresa ha sido replanteada de forma positiva<sup>(7)</sup>. Asimismo, la normativa de Petroperú ya tiene contemplada la participación privada en el capital, siendo que el ingreso de accionistas privados le daría más sentido los principios referidos a las relaciones entre accionistas y con la administración que se encuentran establecidas en su Código de Buen Gobierno Corporativo.

Por último, el buen gobierno corporativo en las empresas del Estado nunca tendrá una completa eficacia siempre que se busque que dichas empresas desarrollen sus actividades con intereses diferentes a los que se encuentran en las empresas de accionariado netamente privado. De tal manera, es importante reforzar siempre el carácter profesional y técnico en el gobierno de las empresas del Estado, siempre teniendo como horizonte la característica de negocio exitoso y la sostenibilidad económica de la empresa. El fortalecimiento de las prácticas de buen gobierno corporativo es una forma de mitigar la influencia de dichos intereses, pero no se puede reemplazar totalmente la participación del Estado como propietario de la empresa para fortalecer el cumplimiento de las prácticas de buen gobierno corporativo.

## 8. Conclusiones

- Las prácticas de buen gobierno corporativo no tienen la misma eficacia en las empresas del Estado que las sociedades de accionariado netamente privado, por la participación del Estado en la propiedad.
- Es recomendable que las empresas del Estado no solo tengan el mismo tratamiento legal que las demás sociedades, sino que también se encuentren expuestas a los mismos riesgos e incentivos.
- El Buen Gobierno Corporativo es una forma de generación de valor para la sociedad y sus accionistas y, por tanto, las prácticas de buen gobierno corporativo tienen un incentivo para su adopción en el fin de lucro perseguido por el accionista y la sociedad.
- El enfoque respecto a la adopción de las prácticas de buen gobierno corporativo es diferente en el caso de las empresas del Estado en comparación a las sociedades con solo accionariado privado, ya que es necesario

establecer disposiciones de obligatorio cumplimiento al no existir un incentivo para una incorporación progresiva de dichas prácticas como es el incentivo de buscar generar mayor valor a las acciones de la sociedad.

- No se puede desconocer la importancia de los accionistas como propietarios de la sociedad para asegurar la adopción y cumplimiento de las normas de buen gobierno corporativo de la sociedad. En consecuencia, es importante que el Estado, como propietario de sus empresas, oriente sus decisiones en busca del desarrollo exitoso de la empresa y aísle aquellos intereses propios que pueden ser contrarios a dicho objetivo.

## Referencias bibliográficas

- Campodónico, H. (15 de noviembre de 2022). *Petroperú: las verdaderas razones de la crisis*. Diario La República. <https://larepublica.pe/economia/2022/11/15/petroperu-las-verdaderas-razones-de-la-crisis-refineria-de-talara-perupetro-mef/>
- CincoDías (2 de abril de 2022). *Petroperú recomponer su directorio en medio de polémica*. Cinco Días. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/02/companias/1648918395\\_450343.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/02/companias/1648918395_450343.html)
- Cox, J., Hillman, R., & Langevoort, D. (2017). *Securities Regulation: Cases and Material*. Wolter Kluwuer.
- Cuadros, F. (27 de octubre de 2022). *Petroperú: ¿Por qué la empresa estatal tiene problemas de financiamiento?* Diario La República. <https://larepublica.pe/economia/2022/10/27/petroperu-por-que-la-empresa-estatal-tiene-problemas-de-financiamiento-mef/>
- El Comercio (9 de diciembre de 2019). *¿A quién le va a costar la refinería de Talara?* Instituto Peruano de Economía. <https://www.ipe.org.pe/portal/a-qui%C3%A9n-le-va-a-costar-la-refineria-de-talara/>
- Fabozzi, F. (2015). *Capital Markets: institutions, instruments and risk management*. The MIT Press.
- García, E. (28 de setiembre de 2022). *Ven riesgo de que Petroperú mantenga problemas de liquidez más allá de que reciba informes auditados*.

(7) Respecto a la posibilidad del ingreso de capital privado en Petroperú, véase Rojas (2022).



Diario Gestión. <https://gestion.pe/economia/riesgo-de-que-petroperu-mantenga-problemas-de-liquidez-mas-allá-de-que-reciba-informes-auditados-noticia/>

Gilson, R. (2018). From Corporate Law to Corporate Governance. En: Gordon, J y Ringe, W (Coord). *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Oxford University Press, pp. 3-27.

Redacción Gestión (28 de junio de 2022). *Contraloría alerta demoras en refinería de Talara de Petroperú que sube costos y retrasa operación*. Diario Gestión. <https://gestion.pe/economia/contraloria-alerta-demoras-en-refineria-talara-de-petroperu-que-sube-costos-y-retrasa-operacion-noticia/?ref=gesr>

Ríos, A. (2012). *La modernización de la refinería de Talara ¿una inversión rentable?* Esan Graduate

School of Business. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/la-modernizacion-de-la-refineria-de-talara-una-inversion-rentable>

Roberts, R. (2008). *Wall Street: Mercados, mecanismos y participantes*. The Economist.

Roca, L. (2017). *El mercado de valores en fácil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rojas, I. (20 de septiembre de 2022). *Fitch Ratings: ¿Qué puede hacer Petroperú para mejorar su calificación crediticia?* LexLatin. <https://lexlatin.com/noticias/petroperu-mejorar-calificacion-crediticia-fitch-ratings>

Salas, J. (2017). *Sociedades reguladas por las Ley General de Sociedades*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.





# La actividad de fiscalización y derechos de los administrados: Las actas de inspección<sup>(\*)</sup>(\*\*)

*The inspection activity and the rights of the administrated: The inspection reports*

**Paul Villegas Vega<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** En el presente artículo, el autor lleva a cabo una aproximación a la naturaleza jurídica de las actas de fiscalización o actas de inspección, detallando su valor probatorio y la manifestación de los principios de debido procedimiento, verdad material y ejercicio legítimo del poder. Para ello, desarrolla la naturaleza de la actividad de fiscalización en el ordenamiento jurídico peruano y su vínculo con la potestad sancionadora de la administración pública, considerando lo establecido en el Capítulo II del Título IV sobre la actividad de fiscalización en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

**Palabras Clave:** Actas de supervisión - Actas de fiscalización - Supervisión administrativa - Potestad de fiscalización - Derecho de los administrados

**Abstract:** By means of this article, the author explains the legal nature of the audit reports or inspection reports, detailing their evidentiary value and the manifestation of the principles of due process, material truth and legitimate exercise of power. To this end, the author starts by developing the nature of the audit activity in the Peruvian legal system and its link with the sanctioning power of the public administration, taking into account the provisions of Chapter II of Title IV on the audit activity in the General Administrative Procedure Law.

**Keywords:** Administrative supervision - Administrative supervision - Supervision acts - Administrative supervision - Supervisory power - Right of the administered

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 08 de setiembre de 2022 y su publicación fue aprobada el 09 de noviembre de 2022.

(\*\*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Protección de los recursos forestales: análisis sobre la descentralización y el ejercicio de la potestad sancionadora”, financiado por el Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Se agradece el apoyo en la elaboración del presente artículo a Mayra Ramón, Sandhy Salazar, Braylyn Paredes, Maritza Yauli y Sol Guevara, integrantes del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo - GIDA de la misma casa de estudios.

(\*\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos por la Universitat de Barcelona. Profesor Ordinario Auxiliar de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador en el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo - GIDA de la misma casa de estudios. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo (APDA) y de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2511-7240>. Correo electrónico: villegas.paul@pucp.edu.pe.



## 1. Introducción

La actividad de fiscalización se efectúa diariamente dada su relevancia para el control del desarrollo de las actividades que realizan los ciudadanos. De ahí que el legislador haya incluido un capítulo específico con normativa común para todos los sectores respecto a la actividad de fiscalización mediante el Decreto Legislativo 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo. Dicha adición supuso que todo el aparato estatal peruano adaptase su normativa con el objeto de fortalecer el curso de las actividades bajo su fiscalización, resguardar los derechos de los administrados y velar por el interés general.

Uno de los tópicos agregados fue el establecimiento del contenido mínimo esencial del acta de inspección, cuya importancia se focaliza en la posibilidad de constatar cuáles son los hechos materia de verificación y los acontecimientos que pudiesen desarrollarse durante la diligencia de supervisión, así como incluir las manifestaciones u observaciones de los administrados fiscalizados y los propios fiscalizadores. De modo tal que el acta se convierta en un medio probatorio fehaciente y de utilidad para la autoridad encargada de emitir un juicio de valoración.

En ese sentido, el presente artículo brindará una aproximación a la actividad de fiscalización, para lo cual se analizará su naturaleza jurídica, así como su vinculación con la potestad sancionadora. Luego, se profundizará sobre las actas de inspección, para lo cual se estudiará su naturaleza jurídica, su valor probatorio y la usanza de los principios del procedimiento administrativo. Finalmente, se revisará la regulación de las actas de fiscalización en tres sectores: (i) minero y energético; (ii) forestal y de fauna silvestre; y, (iii) ambiental.

## 2. La actividad administrativa de fiscalización

### 2.1. Naturaleza jurídica de la fiscalización como actividad material de la administración

La definición legal de la actividad de fiscalización<sup>(1)</sup> señala que esta se compone del conglomerado de actos y gestiones de investigación, supervisión, control o inspección que se efectúan para corroborar la observancia de las obligaciones, prohibiciones y otros límites exigidos a los administrados en el ordenamiento jurídico, en los contratos efectuados con el Estado peruano u otras fuentes del Derecho. Ello bajo la perspectiva de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo,

así como de tutela de los bienes jurídicos protegidos, según lo dispuesto en el artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

Dicho dispositivo legal establece los cinco elementos esenciales del concepto de fiscalización: el objeto, el contenido, la finalidad, la forma y la naturaleza jurídica. El primero, el objeto, siempre recae sobre las actuaciones de los administrados, mas no respecto de las actuaciones que realiza la administración sobre su actividad organizativa, dado que esta última tiene una lógica orientada al control gubernamental interno de la propia administración pública (Izquierdo, 2019, pp. 391-392).

El segundo elemento se refiere al contenido esencial de la actividad de supervisión, que comprende la validación de forma directa del acatamiento de los deberes, del respeto a las prohibiciones y límites impuestos a los administrados. La esencia de la fiscalización es el control de legalidad, en tanto que la autoridad administrativa competente cuenta con la potestad de cerciorarse que, efectivamente, los administrados cumplen con las disposiciones normativas que el ordenamiento jurídico les impone (Izquierdo, 2019, p. 393). Así también lo confirman García Ureta y Sánchez, cuando señalan que la fiscalización tiene como propósito verificar que la actuación de los derechos y el acatamiento de los mandatos impuestos al administrado resulta conforme al ordenamiento jurídico (García Ureta, 2006, p. 33; Sánchez, 2020, p. 40).

Cabe precisar que se coincide con Izquierdo Carrasco cuando señala que la gestión del riesgo, a través de la imposición de medidas correctivas, no integra el contenido de la fiscalización, puesto que la referida actividad solo se circunscribe a la verificación del cumplimiento normativo; más aun cuando las medidas correctivas no comparten la misma categoría jurídica con la fiscalización. En el caso de las primeras, estas se identifican

(1) Para fines prácticos de la investigación, se usará indistintamente los términos fiscalización y supervisión.



con los actos administrativos, mientras que la segunda es una mera actividad material de la administración (2019, pp. 399-400).

El tercer elemento refiere a la finalidad de la fiscalización, la cual puede ser eminentemente *preventiva* a fin de afianzar la observancia de los deberes; *cognitiva* en tanto la administración se informa de la realidad al obtener durante la verificación información y documentación; *correctiva* al incluirse a las medidas correctivas como parte de la fiscalización según lo fijado en el TUO de la LPAG (en cuanto a ello se ha señalado porqué se difiere de este criterio); *orientativa*, debido a que la fiscalización conlleva comunicar e instruir a los administrados respecto a los requisitos jurídicos y técnicos aplicables a su actividad, así como la manera en que estos deben cumplirse; y, *auxiliar* para el desarrollo de otras actividades, puesto que distingue o evidencia hechos que habrán de fungir como presupuestos para el ejercicio de potestades administrativas, como la sancionadora, el restablecimiento de la legalidad, etc. (Izquierdo Carrasco, 2019, pp. 401-406).

El cuarto elemento se centra en la forma. La fiscalización es una actividad material cuya naturaleza no es la de ser un procedimiento administrativo. Así, se dispone que la inspección administrativa es aquella actividad en la cual, de modo directo, sin menester de proceduralización, se escudriña bien la conducta ejercida por los administrados o bien ciertas realidades para comprobar el acatamiento de los deberes, prohibiciones y límites a los cuales están supeditados (García Ureta, 2006, p.131-134; Rebollo Puig, 2019, p. 64).

Cabe anotar que, contrario a lo expuesto, Morón Urbina establece que la supervisión constituye un procedimiento administrativo de carácter especial y como tal está sujeto a su régimen propio, en su defecto le será de aplicación la norma supletoria. Esta postura la sustenta en la ubicación de la regulación de la actividad (Título IV del TUO de la LPAG, Procedimientos Especiales) junto al procedimiento trilateral y el procedimiento sancionador; en la confusión entre la naturaleza jurídica y los objetivos de la actividad, así como por la aproximación de las actuaciones llevadas a cabo en el contexto de la actividad con el acto administrativo (Morón, 2020b, p. 24).

Finalmente, el último elemento atañe a la naturaleza jurídica de la actividad. La fiscalización es una potestad innovativa, en tanto crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas o deberes con el objetivo de salvaguardar el interés público. Para lograrlo, se encuentra dotada de formalidades cuya fundamentación se asienta en el respeto de la legalidad y razonabilidad durante su ejecución, de modo que no se afecte a los administrados. Asimismo, solo el ordenamiento le atribuye esta potestad a la administración. En el caso de sectores concretos, será la Constitución a través del artículo 87; en los demás casos, será por medio de una norma con rango de ley, tal y como lo señala el numeral 239.1 del artículo 239 del TUO

de la LPAG (Izquierdo, 2019, pp. 412-413).

En conclusión, en el presente estudio, se entiende que la fiscalización comporta la constatación del cumplimiento normativo sobre las actividades de los administrados, resultando así que dicha inspección o control se encuentra dirigida a comprobar la legalidad de las actuaciones de los privados y no en emitir un acto administrativo que modifique la esfera jurídica de los mismos. Considerar lo contrario implicaría señalar que la fiscalización se encuentra sujeta a los derechos, deberes y plazos establecidos para el procedimiento administrativo.

## **2.2. Relación de la actividad de fiscalización con la potestad sancionadora de la administración pública**

En este apartado, se analiza la vinculación que existe entre la actividad de fiscalización y la potestad sancionadora de la administración pública. En ese sentido, conforme se ha referido, la fiscalización detenta como principal objetivo constatar que el administrado realice sus actividades según las normas aplicables. A partir de ello, se busca prevenir conductas no deseadas en el ordenamiento jurídico nacional y corregir aquellas que se detecten en el instante de la inspección.

Actualmente, se resalta la finalidad preventiva en la actuación fiscalizadora, debido a que el despliegue de recursos durante la diligencia de fiscalización permitirá la detección de los riesgos existentes y, así, se evitará la producción de futuros escenarios de incumplimiento (Morón, 2020a, p. 21). En ese sentido, se busca que el administrado fiscalizado, por medio de la exhortación de la administración pública, tome conciencia del riesgo generado y sea disuadido de provocarlo.

Otro de los objetivos de la actividad de fiscalización es el restablecimiento del orden o de la situación que pudiera haberse visto alterada sin una justificación legal (García Ureta, 2006, pp. 36-40). En ese marco, adquieren especial relevancia dos de las modalidades de conclusión de las actuaciones reconocidas en el artículo 245 del TUO de la LPAG: la recomendación de mejoras o correcciones sobre la actividad efectuada por el administrado, y la adopción



de medidas correctivas. Ambas procuran restaurar aquel orden perdido o la alteración situacional ocasionada mediante la dación de mejoras, correcciones y medidas correctivas. Tal es el caso de las medidas de adecuación, de paralización, de restauración o de compensación ambiental en el ámbito de la fiscalización a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en adelante OEFA.

En contraste, la administración pública despliega su potestad sancionadora cuando observa que la fiscalización no logra cumplir con su finalidad preventiva, razón por la cual se decanta por la imposición de un gravamen al administrado en atención a una conducta calificada como infracción. Es así que el ordenamiento jurídico establece reglas suficientes para la aplicación de medidas basadas no solamente en la prevención, sino también en la represión (García Ureta, 2006, p. 31).

Cabe precisar que la actividad de fiscalización y la potestad sancionadora tienen finalidades distintas. La primera se enfoca en el cumplimiento normativo, la prevención del riesgo y la tutela de los bienes jurídicos al realizar su finalidad correctora; mientras que la segunda pretende disuadir la realización de conductas (no deseadas) mediante la aplicación de sanciones al administrado.

Desarrollada la distinción, resta afirmar que ambas suelen estar firmemente vinculadas, debido a que los hechos conocidos en la actividad de fiscalización posteriormente podrían ser utilizados en procedimientos administrativos sancionadores. Como muestra de ello, García Ureta señala que el acta de fiscalización cumple su objetivo al registrar los hechos constatados; no obstante, de ser el caso, podría ser utilizada en un procedimiento administrativo sancionador (2006, p. 36).

### **2.3. La incorporación del Capítulo II del Título IV sobre la actividad de fiscalización en la Ley del Procedimiento Administrativo General**

La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, ha experimentado diversas modificaciones, entre las que resalta la realizada por el Decreto Legislativo 1272 (fecha del año 2016), debido a que este incorpora a la actividad de fiscalización. De esta manera, se puso fin a la alta dispersión y pluralidad de regulaciones, así como a la dación irrestricta de criterios a ser considerados durante una fiscalización. En ese sentido, se optó por establecer una regulación general aplicable a todos los sectores y a las entidades comprendidas en los tres niveles de gobierno, según lo dispuesto en la exposición de motivos del referido decreto legislativo.

El ejercicio de la actividad de fiscalización le corresponde a la administración potestativamente al no encontrarse obligada a llevar a cabo acciones de fiscalización de forma específica. Por tal motivo, esta será efectuada a discrecionalidad de cada entidad estatal, según lo establecido en su planificación y considerando la salvaguarda del interés público (García Ureta, 2006, p. 91; Sánchez, 2020, p. 58).

Para que la actividad de fiscalización cumpla su cometido, requiere una serie de límites y, sobre todo, que su ejecución se desarrolle en consonancia con el respeto de los derechos fundamentales. De ahí que las incorporaciones realizadas por el Decreto Legislativo sobre facultades y obligaciones, tanto sobre las entidades que ejecutan la citada actividad como sobre los administrados fiscalizados, resultan esenciales.

Bajo esos términos, la incorporación de la supervisión en el TUO de la LPAG ha brindado un estatuto jurídico completo, aunque seguramente perfectible, que permite a las entidades estatales efectuar dicha actividad para la obtención de sus objetivos de interés general. Esto se logra sin restarle importancia a la situación jurídica del administrado, amparando sus derechos, imponiéndole obligaciones y preservando las garantías que se le confieren.

## **3. La naturaleza jurídica de las actas de inspección**

### **3.1. Naturaleza jurídica de las actas de inspección**

En la doctrina, autores como Rebollo Puig definen al acta de inspección como aquel documento de carácter público efectuado por el inspector y que tiene por finalidad reflejar las circunstancias de la inspección, las actuaciones llevadas a cabo en la misma, los hechos observados, los resultados obtenidos u otra información valiosa (2019, p. 77).

En esa misma línea, se ha pronunciado el legislador peruano al señalar que el acta de fiscalización es aquel documento público que asienta las corroboraciones de los hechos comprobados objetivamente en la realidad, según lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 244 del TUO de la LPAG. Asimismo, establece que forma parte de su contenido mínimo:

1. El nombre de la persona natural o la razón social de la persona jurídica fiscalizada.
2. El lugar, la fecha y la hora de apertura y de cierre de la diligencia de fiscalización
3. El nombre y la identificación de los fiscalizadores.



4. El nombre y la identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de quien haga sus veces.
5. Los hechos u ocurrencias suscitados durante la supervisión.
6. Las observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
7. La firma y el documento de identidad de las personas participantes.
8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.

En ese sentido, el acta de inspección será aquel documento público que evidencia y contiene todas las actuaciones ejercidas durante la actividad de fiscalización, y cuya finalidad será ser un medio probatorio, así un instrumento a través del cual se dejará constancia de lo observado durante la misma, salvo prueba en contrario. De ahí la relevancia de su suscripción por el inspector y el administrado.

Naturalmente, durante una acción de supervisión, los administrados poseen una serie de obligaciones y derechos, los cuales se encuentran vinculados con la elaboración y expedición del acta de fiscalización.

Por un lado, los deberes coadyuvan a que la administración lleve a cabo su labor eficientemente, según lo señalado en el artículo 243 del TUO de la LPAG. Uno de ellos alude a que la administración comprende la obligación de proporcionar copia del *acta de fiscalización* o documento similar que cumpla los mismos fines, una vez que finalice la inspección. Esto registrando de forma rigurosa no solo las observaciones del fiscalizador, sino también las del administrado si este lo considerara necesario, tal y como se precisa en el artículo 241 del TUO de la LPAG.

Por otro lado, los derechos permiten verificar que la acción de supervisión se efectúa conforme a ley y ejercer una serie de acciones durante y después de la misma, tal y como lo señala el artículo 242 del TUO de la LPAG. Uno de los derechos de los administrados fiscalizados refiere a que pueda brindar información adicional a la administración pública que se encuentra desarrollando la actividad de fiscalización, en concordancia con el principio de verdad material. Así que, si bien el fiscalizador es quien incorpora los hechos materia de verificación en el acta, la misma considera un espacio para recoger las manifestaciones u observaciones del administrado fiscalizado.

De esta manera, al momento de concluir la acción de supervisión, la administración tomará una decisión sin omitir elemento alguno que no haya sido detallado previamente. Sobre este punto, Izquierdo Carrasco cuestiona el hecho de que el ordenamiento peruano recoja la presentación de documentos, pruebas o fundamentos añadidos con fecha posterior a la recepción del acta de inspección como uno de los derechos que le asisten a los administrados fiscalizados. Esto se debe

a que dicho accionar desvirtúa la naturaleza del acta al convertirla en una especie de propuesta de resolución, cuando lo que en realidad permite es el derecho a formular alegaciones a la misma (2019, pp. 411-412).

Por lo expuesto, la naturaleza jurídica del acta de fiscalización no será la de un acto administrativo, en tanto su finalidad es la de dejar constancia de las actuaciones producidas en la fiscalización. No obstante, su naturaleza como acto de administración interna se modificará a un acto administrativo si dentro del acta de inspección se establecen medidas correctivas, pues en dicho escenario sí se estaría modificando la esfera jurídica del administrado.

### **3.2. El valor probatorio de las actas de inspección: ejercicio de la administración pública y el derecho de los administrados**

Las actas de inspección colaboran en el ejercicio de verificación de la actuación de los particulares; por tal motivo, se erigen como una de las esenciales inquietudes de la administración pública para el alcance de los objetivos de interés general que cada entidad tenga a su cargo. Si bien los referidos documentos permiten que la administración pública pueda dejar constancia de los hechos que han sido apreciados, aún queda por definir cuál será su valor probatorio.

La relevancia de poner en discusión y definir el valor probatorio de las actas de inspección se basa en que a partir de ellas se puede, entre otras opciones, recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, o bien adoptar medidas correctivas. En ambos escenarios, habrán de emitirse actos de gravamen o actos desfavorables. En el primer caso, de encontrársele responsabilidad al administrado fiscalizado, habrá de imponérsele una sanción. En el segundo caso, si la medida administrativa contempla alguna tarea o limitante a la actividad, entonces se afectará la situación jurídica del administrado fiscalizado.

Ahora bien, no solo desde la perspectiva del administrado, por sus efectos o vinculación a actuaciones posteriores, resultaría de especial relevancia el análisis



del valor probatorio de las actas de fiscalización, sino que, desde la mirada de la administración pública, dicha relevancia facilitaría la adopción de decisiones que permitan materializar los objetivos de interés general y, como no, custodiar los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico nacional.

Cabe indicar que las actas de inspección son una constatación de aquello que se registra en el transcurso de la acción de fiscalización, salvo prueba que demuestre lo contrario, según se detalla en el numeral 2 del artículo 244 del TUO de la LPAG. Por ende, a estas les son de aplicación la presunción *iuris tantum*, lo que significa que los hechos registrados durante la visita de inspección gocen de plena validez, mientras que el administrado no ejerza su facultad de contradicción.

Las actas son solo uno de los medios probatorios que habrán de ser evaluados por la administración pública. Este juicio de valoración debe efectuarse sobre cada prueba aportada al procedimiento, para luego ser analizadas en conjunto. Para ello, la administración deberá guiarse por el principio de discrecionalidad técnica, que consiste en incorporar a su análisis las máximas de su experiencia, razonamiento y los conocimientos científicos que posea con el objetivo de cumplir a cabalidad con la tarea a su cargo. Estos parámetros serán útiles para que la autoridad administrativa no caiga en arbitrariedades y obtenga una valoración global sobre los hechos o la situación investigada (Aguirrezzabal y Flores, 2021, pp. 21 y 28).

En conclusión, la autoridad administrativa valora el acta de fiscalización de manera conjunta con el resto de medios probatorios con la finalidad de acoger las decisiones que correspondan, ello en virtud del principio del debido procedimiento y el principio de verdad material reconocidos en el Título Preliminar del TUO de la LPAG.

### **3.3. Aplicación de los principios del debido procedimiento, verdad material y ejercicio legítimo del poder sobre las actas de inspección.**

Los principios del procedimiento administrativo forman parte de las normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado, según lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Por lo tanto, les son de aplicación a la actividad de fiscalización, consecuentemente a las actas de inspección. Entre ellos, se encuentran los principios del debido procedimiento, verdad material y el ejercicio legítimo del poder, a los que se hará referencia en las siguientes líneas.

En primer lugar, el principio del debido procedimiento señala que a todo administrado le asisten derechos y garantías cuando se encuentre inmerso en un procedimiento administrativo, de conformidad con el numeral 1.2 del artículo

IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Entre estos, se encuentran el derecho a ser notificado, a acceder al expediente, a refutar los cargos imputados, a exponer argumentos, a presentar alegatos complementarios, a ofrecer y producir pruebas, entre otros.

Al permitir las actas dejar constancia de los hechos verificados, tanto por parte de la administración pública como de los administrados fiscalizados, se preserva y garantiza el ejercicio del derecho de contradicción del administrado. Más aún cuando se le otorga la opción de ejercerlo no solo en el momento en el que suscribe el acta, sino con posterioridad a la fecha de entrega de la misma mediante la presentación de documentos, pruebas o argumentos adicionales.

En segundo lugar, el principio de verdad material dispone que la autoridad administrativa examinará minuciosamente los hechos que motivan sus decisiones, de conformidad con el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Para cumplir con dicho objetivo, se valdrá de las medidas probatorias que fueran necesarias, siempre que dispongan de su respectiva autorización legal e incluso cuando no hayan sido planteadas por los administrados, o estos hayan convenido dispensarse de ellas.

Al ser las actas un medio probatorio que permite la constatación de los hechos producidos durante la actuación de fiscalización, en mérito al principio de verdad material, la administración deberá valorarla conjuntamente con el resto de medios probatorios, en atención a lo señalado en el 244.2 del TUO de la LPAG.

Tercero, el principio del ejercicio legítimo del poder alude a que la administración solo ejercerá las competencias que le fueran asignadas para cumplimentar la finalidad determinada en las normas que le confieren facultades o potestades, ello con el propósito de evitar actuaciones arbitrarias o ilegales.

Al respecto, la administración solo podrá utilizar las facultades que le han sido conferidas en el artículo 240 del TUO de la LPAG para la elaboración de las actas de inspección.



## 4. Las actas de inspección en sectores específicos

El TUO de la LPAG recoge el contenido mínimo esencial que rige sobre la actividad de fiscalización, sin hacer distingo entre los sectores o áreas en los que desarrollan las actividades a ser fiscalizadas. La tendencia en el ordenamiento jurídico peruano no ha sido aplicar exclusivamente aquella base normativa; por el contrario, se ha preferido incorporar normativa sectorial específica con el objetivo de precisar elementos particulares en función del sector, ya que ello asegura la protección del interés general.

En ese marco, se expondrá cómo se ejecuta la actividad de fiscalización en los siguientes tres sectores: (i) minero-energético; (ii) forestal y de fauna silvestre, y (iii) ambiental, a efectos de conocer el tratamiento de las actas de fiscalización en los sectores específicos en mención.

### 4.1. Sector minero y energético

El Ministerio de Energía y Minas, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN), el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, COES) y los gobiernos regionales<sup>(2)</sup> son las entidades encargadas del sector minero y energético. Asimismo, OSINERGMIN es la entidad responsable de fiscalizar, conforme a lo indicado en el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332.

En ese sentido, la función supervisora atribuida a los organismos reguladores engloba tanto la verificación del cumplimiento de las obligaciones de carácter legal, contractual o técnico de los terceros o de las actividades sujetas a supervisión, como la verificación de la observancia de los mandatos o resoluciones emitidos por el organismo regulador u otra obligación que le haya sido encargada a la entidad o a las actividades supervisadas.

En adición a esto, al OSINERGMIN le ha sido asignada la función normativa consistente en dictar tanto las normas que reglamenten todos los procedimientos administrativos que le han sido encargados, como aquellas normas de carácter particular relativas a definir los derechos y obligaciones de las entidades o actividades supervisadas, o de sus usuarios. Esto conforme al literal c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 27332 y el artículo 3 de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley 27699.

En atención a estas facultades, el OSINERGMIN emite el “Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades

energéticas y mineras a cargo de Osinergmin”, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN 208-2020-OS/CD. En su artículo 9, se establece que las acciones de fiscalización en el ámbito de las actividades energéticas y mineras se llevarán a término durante las etapas pre operativa y operativa de las mismas, y se clasificarán de la siguiente manera:

- a) A tenor de su alcance: las fiscalizaciones se llevan a cabo de forma censal, muestral o específica.
- b) A tenor de su modalidad: las fiscalizaciones se ejecutan de manera presencial, remota o virtual, y se efectúan en campo o en gabinete. Cabe la posibilidad de emplearse más de una variante.
- c) A tenor de su oportunidad: las fiscalizaciones presumiblemente dimanan de acciones programadas o son producto de accidentes, denuncias u otros eventos que ameriten su ejecución.
- d) A tener de su coordinación: las fiscalizaciones se efectúan bajo previo aviso al administrado fiscalizado, o bien de forma imprevista.

La Gerencia General del OSINERGMIN será la encargada de la aprobación de los programas de fiscalización orientativos, cuyo objeto se centra en la detección de riesgos y en la comunicación de alertas al administrado sujeto a fiscalización. Esto con el propósito de que perfeccione su accionar.

Adicionalmente, se garantiza, al igual que en el TUO de la LPAG, que la fiscalización se despliegue con diligencia, responsabilidad y respeto a los derechos de los administrados fiscalizados. Como muestra, se establece que entre los deberes de la administración se encuentra el otorgamiento de la copia del acta de fiscalización, según se detalla en el literal d) artículo 11 del aludido reglamento.

Respecto al acta de fiscalización, de manera similar a lo esbozado por el TUO de la LPAG, se dispone que es aquel documento donde se registra los hechos materia de verificación durante las diligencias de fiscalización; asimismo, si bien su contenido es presumiblemente cierto,

(2) Aunque los gobiernos regionales son titulares del ejercicio de potestades vinculados al sector en referencia, en atención al proceso de descentralización, se ha optado por no hacer mención expresa a ello en la presente investigación.



admite prueba en contrario, y la información mínima que deba constar en el acta es la siguiente, de acuerdo con el numeral 14.2 del artículo 14 del referido reglamento:

- a) El nombre del administrado sujeto a fiscalización.
- b) El lugar, la fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia de fiscalización.
- c) El nombre y la identificación de los fiscalizadores.
- d) El nombre y la identificación del representante legal del administrado sujeto a fiscalización o de quien haga sus veces.
- e) Los hechos u ocurrencias suscitados durante la diligencia de fiscalización.
- f) La documentación recabada durante la acción de fiscalización.
- g) Las observaciones del administrado sujeto a fiscalización.
- h) La firma y el documento de identidad de los participantes.
- i) La negativa del administrado o demás participantes a identificarse, firmar o recepcionar el acta.

De lo señalado, se observa que OSINERGMIN prácticamente replica el contenido mínimo esencial de las actas de inspección contemplado en el TUO de la LPAG.

#### 4.2. Sector forestal y de fauna silvestre

El Ministerio del Ambiente, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (en adelante, SERFOR), el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (en adelante, OSINFOR) y los gobiernos regionales son las entidades encargadas del sector forestal y de fauna silvestre.

Particularmente, el OSINFOR es el responsable, a nivel nacional, de supervisar y fiscalizar el aprovechamiento sostenible, y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre. Para cumplir con su labor, debe ceñirse a lo dispuesto en el Reglamento para la Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre, a cargo del OSINFOR aprobado través de la Resolución Presidencial 124-2018-OSINFOR.

En el artículo 15 de dicho reglamento, se han fijado las tres fases de la supervisión en materia de recursos forestales y de fauna silvestre. En primer lugar, la *fase pre-campo* (gabinete), que incluye la supervisión en campo, la verificación y adecuación de información sobre el título habilitante, y el plan de manejo a supervisar; y, la coordinación con el titular, representante legal y/o regente. En segundo lugar, la *fase de campo* incluye el traslado y retorno del supervisor a la central, el levantamiento de información en el lugar de manejo del título habilitante y la firma del acta de supervisión. En tercer lugar, la *fase posterior a campo* engloba a las actividades ulteriores

a la segunda fase, tales como la redacción del informe de supervisión.

En lo que respecta al acta de fiscalización, se señala que esta se suscribirá a la culminación de la fase de campo, luego de la supervisión realizada en el área o lugar consentido para el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre. Asimismo, su contenido se detalla en el numeral 15.2.1. del referido reglamento, tal y como se señala a continuación:

- a) El nombre del titular o razón social de la persona jurídica supervisada y el número del título habilitante.
- b) El nombre y el documento de identidad del representante legal del agente fiscalizado o de quien haga sus veces.
- c) El lugar, la fecha y la hora de apertura y de cierre de la acción de supervisión.
- d) La clasificación de la supervisión.
- e) El nombre e identificación de los supervisores.
- f) La identificación de incumplimientos factibles de ser subsanados.
- g) Los hechos y/u ocurrencias ocurridas durante la acción de supervisión.
- h) Las observaciones del representante de los agentes supervisados y de los supervisores.
- i) La firma y el número de documento de identidad de las personas participantes.
- j) La negativa del administrado a identificarse y firmar el acta.

En otras palabras, en el sector forestal y de fauna silvestre, se cumple con el contenido mínimo exigido en el inciso 1 del artículo 244 del TUO de la LPAG, razón por la cual el acta de fiscalización contiene el registro efectivo de las diligencias y/o ocurrencias llevadas a cabo durante la fiscalización.

#### 4.3. Sector ambiental

El Ministerio del Ambiente, el OEFA, los gobiernos regionales y locales<sup>(3)</sup> son las entidades encargadas del sector forestal y de fauna silvestre.

El OEFA se encarga del ejercicio de la fiscalización y supervisión ambiental, que

(3) Los gobiernos regionales y locales, mediante sus respectivas áreas, ejercen alguna o todas las acciones que involucran a la fiscalización ambiental dentro de su circunscripción, por lo que reciben la denominación de EFA regional y EFA local.



aborda las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción. Estas están dirigidas a afianzar el acatamiento de las obligaciones ambientales fiscalizables y de los compromisos procedentes de los instrumentos de gestión ambiental, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Resulta fundamental hacer una distinción entre dos de las labores del OEFA: la función supervisora directa, y la función fiscalizadora y sancionadora. En el primer caso, esta abarca la ejecución de acciones de seguimiento y verificación, y el dictamen de medidas preventivas. En el segundo caso, esta comprende la investigación sobre la posible perpetración de infracciones administrativas sancionables, la imposición de sanciones por la inobservancia de obligaciones y compromisos ambientales; y, el dictamen de medidas cautelares y correctivas.

De lo anterior, se desprende que la función supervisora directa es la que se acerca más en puridad a la función fiscalizadora establecida en el TUO de la LPAG, mientras que la función fiscalizadora y sancionadora está más dirigida a cumplir con la potestad sancionadora de la administración.

En este punto, resulta de suma utilidad señalar que, con la intención de fijar disposiciones y criterios que caractericen a la función supervisora en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se promulga el Reglamento de Supervisión del OEFA, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo 006-2019-OEFA/CD. En este dispositivo legal, se conceptualiza a la función de supervisión como aquella actividad que verifica la observancia de las obligaciones atribuibles a los titulares de actividades sujetas bien a la supervisión del OEFA, o bien a las de las EFA; y, que promueve la subsanación voluntaria de los incumplimientos de las referidas obligaciones.

En lo referente al acta de supervisión, esta es el resultado de las diligencias realizadas por el supervisor ambiental. En ella, se registran los hechos comprobados a lo largo de la acción de supervisión, así como los sucesos acontecidos durante su curso, de conformidad con el literal b) del artículo 5 del Reglamento de Supervisión del OEFA. Su contenido esencial mínimo debe implicar la siguiente información, en consonancia con el artículo 17 del aludido reglamento:

- a) El nombre o denominación social del agente supervisado.
- b) El registro único del contribuyente, de ser necesario.
- c) La identificación de la unidad supervisable objeto de supervisión.
- d) La actividad del agente supervisado.
- e) El tipo de supervisión.
- f) La fecha y la hora de apertura y de cierre de la acción de supervisión.
- g) Hechos o funciones verificadas.

- h) Áreas o componentes supervisados.
- i) Medios probatorios.
- j) Muestreos ambientales efectuados, cuando corresponda.
- k) Observaciones del agente supervisado, si así lo demanda.
- l) Solicitud de información efectuado y el plazo otorgado para su entrega, de ser el caso.
- m) Nombre, cargo y firma del personal del agente supervisado, de los supervisores a cargo de la acción de supervisión y, si fuera conveniente, de los otros participantes de la acción de supervisión.

De la revisión del contenido del acta de supervisión, se observa que este no solo contiene los requisitos mínimos del TUO de la LPAG, sino que adhiere otros en función a las actividades factibles de desarrollarse en el sector ambiental.

## 5. Conclusiones

La fiscalización implica la constatación del respeto a la normativa que rige las actividades de los administrados, resultando así que dicha inspección o control se encuentra dirigida a comprobar la legalidad de las actuaciones de los privados y no en emitir un acto administrativo que modifique la esfera jurídica de los mismos. De esa manera, el acta de inspección constituye un documento público que evidencia las actuaciones públicas y privadas ocurridas durante la diligencia de fiscalización.

Las actas de inspección están sujetas a la presunción *iuris tantum*; por ende, gozan de plena validez hasta que no se demuestre lo contrario, en concordancia con el numeral 244.2 del artículo 244 del TUO de la LPAG. En ese sentido, la autoridad administrativa deberá evaluar las pruebas aportadas, incluyendo el acta de inspección, en base a las máximas de la experiencia, el razonamiento y sus conocimientos.

Si bien el fin de toda fiscalización no es el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, pues esta puede concluir en la aplicación de una medida correctiva o una recomendación por parte de la administración, hay ocasiones en que esta



es utilizada como un medio probatorio durante el procedimiento administrativo sancionador. Ello resulta importante, dado que si el acta de fiscalización concluye con la aplicación de una medida correctiva y no en una recomendación, dejará de ser un mero acto de administración interna de la administración y se convertiría en un acto administrativo al modificar la esfera jurídica de los administrados.

Por otro lado, los principios del procedimiento administrativo, al formar parte de las normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado, les son de aplicación a la actividad de fiscalización, consecuentemente a las actas de fiscalización. Por tal motivo, principios como el del debido procedimiento, el de verdad material y el ejercicio legítimo del poder les son de plena aplicación a las actas de fiscalización.

Finalmente, no se han encontrado diferencias resaltantes entre la regulación de la actividad de fiscalización, que integra a las actas de inspección, contenida en el TUO de la LPAG, y la normativa sectorial de minería y energía, y de recursos forestales y de fauna silvestre. Esto se debe a que recogen los mismos postulados y requisitos mínimos exigibles a ser transpuestos a estos sectores. Ello a diferencia del sector ambiental, en el que su regulación distingue entre la función supervisora directa y la función fiscalizadora y sancionadora del OEFA, así como se establece contenido adicional a ser incluido en las actas de inspección.

## Referencias Bibliográficas

- Aguirrezzabal, M., y Flores, J. (2021). La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (33), 5-32.
- Espinosa-Saldaña, E. (2021). *Principios del procedimiento administrativo. Una mirada luego de veinte años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Estudios sobre Derecho Administrativo*, Vol. I. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Derecho & Sociedad.
- García, A. (2006) *La potestad inspectora de las administraciones públicas*. Marcial Pons.
- Izquierdo, M. (2019). *Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho Peruano*. En D. Zegarra (Ed). *La protección del Derecho Administrativo peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (p. 387-418). Palestra Editores.
- Morón, J. (2020a). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I*. Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2020b). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, 5, 17-43.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (2019). *Guía de Supervisores Ambientales*. [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=34532](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=34532)
- Rebollo, M. (2019). Lección 2: Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación. En P. Rebollo y D. Vera (Direct.). *Derecho Administrativo Tomo III. Modos y medios de la actividad administrativa*. Tecnos.
- Rojas, C. (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. Santiago: DER Ediciones.
- Sánchez, L. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *IUS ET VERITAS*, (60), 38-64. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.002>
- Tirado, J. (2011). Reflexiones en torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262.
- Vega, F. (1998). El valor probatorio de las actas y diligencias de la inspección de los tributos en el orden jurisdiccional administrativo y penal. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, (11), 223-245.



# **La actividad extraterritorial de la Administración Pública: un acercamiento a los actos administrativos transnacionales<sup>(\*)</sup>**

*The extraterritorial activity of the Public Administration: an approach to transnational administrative acts*

**Giancarlo Vignolo Cueva<sup>(\*\*)</sup>**

Garrigues (Lima, Perú)

*“Por difícil y prolongada que sea la terrible experiencia no intentaremos llegar a ningún acuerdo ni toleraremos la menor negociación; tal vez demostremos misericordia, pero no la pediremos”*

Sir Winston Leonard Spencer Churchill

**Resumen:** En el presente trabajo el autor reflexiona y analiza la regulación peruana y la doctrina nacional y extranjera existente sobre los actos administrativos transnacionales, ya sea que hayan sido emitidos por una Administración Pública peruana o por una extranjera, y si los mismos tienen o no validez y eficacia en los ordenamientos jurídicos donde no fueron expedidos. Finalmente, plantea la posibilidad de una revisión normativa *ad intra* tanto a nivel legal como de tratados internacionales.

**Palabras clave:** Administración Pública - Acto administrativo transnacional - Validez - Eficacia - Soberanía - Territorialidad - Tratados internacionales - Homologación - Reconocimiento

**Abstract:** In this paper the author reflects and analyzes the Peruvian regulation and the existing national and foreign doctrine on transnational administrative acts, whether they have been issued by a Peruvian or a foreign Public Administration, and whether or not they are valid and effective in the legal systems where they were not issued. Finally, it raises the possibility of an *ad intra* normative review both at the legal level and in international treaties.

**Keywords:** Public administration - Transnational administrative act - Validity - Effectiveness - Sovereignty - Territoriality - International treaties - Homologation - Recognition - Recognition - Validity - Effectiveness - Sovereignty - Territoriality - International treaties - Validity

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 15 de agosto de 2022 y su publicación fue aprobada el 21 de octubre de 2022.  
(\*\*) Abogado por la Universidad de Piura (Lima, Perú). Magíster en Finanzas & Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Docente universitario. Especialista en Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Derecho Administrativo Sancionador. Asociado Senior del Departamento de Derecho Público (Administrativo y Regulatorio) del Estudio Garrigues (Oficina Lima). Ex abogado del Departamento Legal de la empresa Duke Energy Egenor S en C por A (hoy Orazul Energy Perú S.A.). Adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-8196>. Correo electrónico: giancarlo.vignolo@gmail.com.



## 1. Introducción

Entre los meses de enero y febrero del año 1995, la República del Perú y la República del Ecuador tuvieron un enfrentamiento bélico por el lado oriental de la Cordillera del Cóndor sobre la cuenca del río Cenepa, Amazonas, en territorio peruano, que se denominó la *Guerra del Cenepa*.

Ecuador señalaba que cierta parte del territorio peruano le pertenecía, a lo que el Perú respondió afirmando que no existían temas territoriales y/o limítrofes pendientes con los países vecinos. Ello desató un enfrentamiento militar que terminó con la firma del Acta de Brasilia de octubre de 1998, en el Palacio de Itamaraty (Brasil), entre los presidentes Alberto Fujimori Fujimori (Perú) y Jamil Mahuad Witt (Ecuador). El Acta en cuestión ratificó el Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro de 1942, en la que se señaló que los territorios del Cenepa pertenecían a la República del Perú, incluyendo Tiwinza, concediéndose a Ecuador 1 km<sup>2</sup> de Tiwinza como propiedad privada, bajo la legislación peruana, en donde, al día de hoy, están sepultados 14 soldados ecuatorianos que lucharon en la referida guerra.

Este relato histórico-castrense, ocurrido en el marco de la defensa del territorio peruano en los años 90, no hace sino darnos una muestra gráfica de lo que es y cómo se materializa la soberanía de los Estados. Bien es sabido que el territorio es uno de los componentes más intrínsecos y necesarios para la existencia de un Estado moderno, en adición al pueblo y al poder, y que el mismo es defendido ferozmente por sus líderes, autoridades y su población en general de cualquier intruso externo puesto que un Estado sin territorio es como un alma sin cuerpo, o viceversa.

En este contexto, la soberanía, recogida expresamente por la Carta de las Naciones Unidas<sup>(1)</sup> y por el artículo 43 de Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la CPP), es entonces un principio básico del Estado. Así lo ha reconocido y ha afirmado el Tribunal Constitucional peruano cuando señala lo siguiente:

(...) la soberanía debe ser entendida como la potestad político-jurídica que permite decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado. Una de las manifestaciones de la soberanía, es aquella que se denomina soberanía político-territorial, que consiste en el ejercicio del poder pleno, exclusivo y excluyente del que dispone un Estado sobre el territorio, pueblo y bienes materiales e inmateriales que se encuentran dentro de sus fronteras; derivándose de ello que, por sobre el orden jurídico

nacional, no puede existir ni reconocerse voluntad ajena ni superior al Estado mismo, que infiera en su propia obligación política ni jurídica (...) Este poder soberano autoriza a los Estados a decidir de manera autónoma las leyes que serán aplicadas en el ámbito espacial de su territorio; potestad que no encuentra mayor límite que las establecidas en las normas de derecho público interno y las normas de derecho público externo. Ello significa que, en virtud a este principio, cada uno de los Estados debe hacer prevalecer su soberanía respetando la de los demás, evitando la imposición de leyes extranjeras en el territorio nacional (Tribunal Constitucional, 2010, FF.JJ. 28, 29 y 30).

Teniendo en cuenta esta introducción y la ontológica existente y correlación del Principio de Soberanía con el Estado, surge la interrogante de si es posible que el Estado peruano pueda lograr que un acto administrativo, elaborado y dictado por alguna Administración Pública dentro de su territorio nacional, pueda ser reconocido y más aún ejecutado dentro de las fronteras de otro Estado soberano; o, por el contrario, si un Estado extranjero puede lograr la referida empresa dentro del ámbito territorial de nuestra Nación.

A continuación, desde el Derecho Público, intentaremos responder estas cuestiones planteadas, con la finalidad de verificar si realmente existen los actos administrativos transnacionales (ya sean de nacionalidad peruana o extranjera) y si estos pueden desplegar sus efectos en territorios en donde no fueron pensados ni expedidos y tal vez ni siquiera queridos o deseados.

## 2. El Principio de Territorialidad y sus excepciones

El artículo 54 de la CPP señala que el territorio del Estado peruano es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El

(1) La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco (USA), al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. Entre los mecanismos para lograr los propósitos de dicha carta (como son mantener la paz y seguridad internacional, fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, la cooperación internacional, entre otros), su artículo 2.1 precisa que las Naciones Unidas y sus Estados miembros respetan el Principio de igualdad soberana de todos sus miembros.



dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de 200 millas marinas desde las líneas de base que establece la ley.

En este escenario, a partir de los Principios de Soberanía y Territorialidad, se puede entender que los actos legislativos (leyes, en sentido amplio), los actos jurisdiccionales (sentencias judiciales) y/o los actos administrativos más variados, que sean emitidos por alguno de los órganos del Estado peruano, tienen vigencia y eficacia solo y únicamente dentro del espacio geográfico peruano antes esbozado (aire, mar y tierra). Ello no es así dentro de las fronteras de otro Estado soberano (ya sea que tenga o no colindancia con el Estado peruano), salvo determinadas excepciones que veremos más adelante.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de la República de Colombia, en su Sentencia C-1189/00 (2000), al señalar, sobre materia de orden penal, lo que se describe a continuación:

El principio de territorialidad, fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser éste su “natural” ámbito espacial de validez. Forman parte integral de este principio, las reglas de “territorialidad subjetiva” (según la cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre actos que se iniciaron en su territorio, pero culminaron en el de otro Estado) y “territorialidad objetiva” (en virtud de la cual cada Estado puede aplicar sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos dentro de él. Por su solidez e importancia, se puede considerar al principio de territorialidad como la regla general a aplicar, y a los demás principios como sus excepciones, puesto que legitiman el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.

Al respecto, es oportuno mencionar que el artículo 1 de la Parte General del Código Penal peruano, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, señala que la Ley penal peruana se aplica a todo aquel que comete un hecho punible *en el territorio de la República*, aunque establece excepciones tales como: (i) las contenidas en el Derecho Internacional; (ii) la aplicación del Derecho penal peruano a las naves o aeronaves nacionales públicas, *en donde se encuentren*; y (iii) a las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo *donde ningún Estado ejerza soberanía*.

A mayor abundamiento y a modo de ejemplo, el artículo 6 de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú, Ley 27261 (en adelante, la LACP), establece que los hechos ocurridos, actos realizados y delitos cometidos a bordo de una aeronave civil peruana fuera del territorio del Perú también se someten a las leyes y tribunales peruanos cuando se encuentre sobre: (i) altamar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía; o (ii) en territorio extranjero, excepto que los efectos de tales hechos, actos o delitos afecten la seguridad o el orden público del Estado subyacente o causen daño a personas o bienes

dentro de dicho territorio.

Asimismo, el artículo 7 del mismo cuerpo legislativo menciona que los hechos ocurridos, actos realizados y delitos cometidos a bordo de una aeronave civil extranjera en vuelo sobre territorio peruano se rigen por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto en los siguientes casos, bajo los cuales se someterán a las leyes y tribunales nacionales, cuando: (i) afecten la seguridad o el orden público del Perú; o (ii) causen daño a personas o bienes en territorio peruano.

Adicionalmente, el artículo 2 del mismo cuerpo normativo penal establece expresamente la posibilidad de que la Ley penal peruana pueda ser aplicada fuera de las fronteras del Perú, consagrando así el *Principio de Extraterritorialidad*.

Sobre el particular, se menciona que la Ley penal nacional puede aplicarse a todo delito *cometido en el extranjero* cuando: (i) el agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo (p.e. un funcionario peruano de una oficina consular ubicada en otro país); (ii) se atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan efectos en el territorio de la República del Perú; (iii) se agravia al Estado y la defensa nacional, a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario; y/o (iv) es perpetrado contra un peruano o por un peruano y el delito es previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República peruana.

Por otro lado, desde el Derecho Procesal Civil, el artículo 1 del Texto Único Ordenado (TUO) del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución Ministerial 010-93-JUS (en adelante, el CPCivil), consagra en su seno el Principio de Territorialidad al establecer que “La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República [énfasis agregado]”, ello sin perjuicio de las disposiciones normativas que contemplan



la posibilidad de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, como veremos más adelante.

Ahora bien, con respecto al Derecho Administrativo en sentido estricto, siempre ha existido la idea, históricamente arraigada, de que esta rama del Derecho Público es consustancialmente territorial (Principio de Territorialidad), al regular, entre otros asuntos, las relaciones del Estado peruano (y sus distintas Administraciones Públicas) con sus ciudadanos y/o los extranjeros que se encuentren dentro de territorio nacional (administrados).

En ese sentido, se ha esbozado el numeral 2 del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, al señalar que “(...) los Ministerios y Entidades Públicas del Poder Ejecutivo ejercen sus competencias exclusivas en todo el territorio nacional con arreglo a sus atribuciones y según lo disponga su normatividad específica y están sujetos a la política nacional y sectorial”, siendo que el Presidente de la República debe “adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado [énfasis agregado]” (artículo 8, literal m).

Este principio también se aplica a nivel sub nacional o descentralizado, pues a los Gobiernos Regionales y a los Gobiernos Locales (municipales) peruanos, la ley les limita la aplicación de sus respectivas potestades públicas a sus correspondientes circunscripciones territoriales, no pudiendo avasallar las jurisdicciones y/o competencias de otros gobiernos sub nacionales establecidos. Así lo determina el artículo 3 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867, y los Artículos I y III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

A mayor abundamiento, el numeral 1 del artículo 3 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), señala que uno de los requisitos de validez del acto administrativo, que sea expedido por cualquiera de las Administraciones Públicas peruanas antes mencionadas, ya sea nacional, regional, local y/o sectorial, es la *competencia*, debiendo ser emitido por un órgano facultado por la Ley *en razón del territorio* (competencia territorial)<sup>(2)</sup>.

En este contexto, podemos afirmar que en el Perú la regla general establecida por nuestro ordenamiento jurídico es la aplicación del Principio de Territorialidad para las distintas ramas del Derecho, incluyendo el Derecho Administrativo, siendo la actuación extraterritorial del Estado una excepción esbozada por el propio legislador o incluso por Tratados Internacionales ratificados por el Perú.

### 3. Flexibilización de los Principios de Soberanía y Territorialidad: ¿el Estado peruano reconoce actos Jurídicos -en sentido amplio- emitidos por otros ordenamientos?

Como ya habíamos adelantado, los Principios de Soberanía y Territorialidad, a lo largo del tiempo, han venido sufriendo modulaciones propias del devenir histórico y del tráfico jurídico internacional y, por ende, se han creado excepciones legislativas, ya sea de orden interno (leyes nacionales) o por ratificación de tratados internacionales, bilaterales o elaborados en el seno de organismos internacionales (Derecho Internacional Público), que versan sobre estas materias.

En ese sentido podemos encontrar que uno de los campos donde se han flexibilizado estos principios es el jurisdiccional o de impartición de justicia, como manifestación del poder soberano del Estado. Siendo ello así, hemos podido ubicar y analizar los siguientes ejemplos:

#### 3.1. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

La presente Convención, también denominada como *Convenio de Nueva York*, fue elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) y adoptada en la ciudad de New York el 10 de junio de 1958 (en adelante, la Convención). Cabe mencionar que fue ratificada por el Parlamento del Perú, mediante Resolución Legislativa 24810 de fecha 24 de mayo de 1988, luego de lo cual entró en vigencia en nuestro territorio.

Dicho tratado estableció la obligación a los Estados firmantes o partes (120, a la fecha), incluyendo al Perú, de reconocer el carácter vinculante de todas las sentencias

(2) Como señala Agudo González, “(...) el territorio constituye el límite espacial de validez de las disposiciones y actuaciones jurídico-públicas de las CC. AA: no hay competencias sin territorio y, por ello, no hay competencias más allá del territorio” (2018, p. 102).



arbitrales contempladas en la Convención y ejecutarlas, si se les pide que lo hagan, conforme a la *lex fori*<sup>(3)</sup>.

Se trata de fomentar la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros (es decir, dictados en el territorio de un Estado distinto al que se pide su ejecución) en el territorio nacional<sup>(4)</sup>, excluyendo la posibilidad de imponer el derecho interno respecto a las condiciones para su reconocimiento y/o ejecución, salvo que este derecho interno o nacional conceda derechos especiales o más favorables a la parte que pida la ejecución.

El Artículo IV de la Convención establece que, para obtener el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, la parte que pida ello deberá presentar los siguientes documentos:

1. El original debidamente autenticado de la sentencia arbitral o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad y,
2. El original del acuerdo escrito que contenga la cláusula arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran en el idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar una traducción oficial de dichos documentos.

Asimismo, de conformidad con el Artículo V de la Convención, solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, si se prueba ante la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución lo siguiente:

- a) Que las partes en la cláusula arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido o, si no se señaló nada al respecto, de la Ley del país en que se haya dictado el laudo;
- b) Que la parte contra la cual invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro

o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;

- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula arbitral o contiene decisiones que exceden de los términos de la referida cláusula;
- d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en su defecto, no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;
- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia;
- f) Que, según la Ley del país donde se pide el reconocimiento y ejecución, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o,
- g) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral serían contrarios al orden público de ese país.

### 3.2. Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940

Si bien no existe un símil del Convenio de Nueva York respecto del reconocimiento<sup>(5)</sup> y ejecución de todas y cada una de las sentencias judiciales extranjeras<sup>(6)</sup>, emitidas por los Poderes Judiciales de los distintos Estados, sí existieron ciertos intentos en el pasado para ello, que aún se mantienen vigentes.

(3) Significa la "Ley del Tribunal". Al respecto, véase Etala, 2016, p. 225.

(4) Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la naturaleza de *jurisdicción* al arbitraje (aunque de carácter excepcional), teniendo plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. Al respecto, véase los Expedientes No. 6167-2005-PHC/TC y 00142-2011-PA/TC.

(5) De acuerdo con el Derecho Procesal Civil, existen dos (2) tipos de sistemas de reconocimiento (para sentencias): (i) *reconocimiento por homologación*, que se obtiene mediante la superación de un procedimiento *ad hoc* de homologación de la decisión extranjera. La autoridad competente valora si concurren los presupuestos y requisitos para conceder el reconocimiento en el marco de un procedimiento específico. Se trata de un proceso autónomo, distinto al proceso desarrollado en el Estado de origen; y el (ii) *reconocimiento incidental puro*, que se produce sin que sea necesario recurrir a un procedimiento específico de homologación de la decisión extranjera. La resolución extranjera se invoca directamente ante la autoridad del Estado receptor. Dicha autoridad controlará si la decisión extranjera cumple ciertos requisitos de regularidad para obtener el reconocimiento (Cabello, 2015, p. 36).

(6) De acuerdo con Ruchelli y Ferrer, "la sentencia, como producto natural del poder de soberanía, que se manifiesta mediante la jurisdicción, queda limitada, en cuanto a su eficacia, dentro de la soberanía que se ejerce" (1983, p. 10).



Así tenemos que, entre el 25 de agosto de 1888 y el 18 de febrero de 1889 se llevó cabo en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en el cual se adoptaron ocho (8) tratados internacionales<sup>(7)</sup> entre los países participantes, siendo uno de ellos el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889.

Estos tratados fueron ratificados por las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, adhiriéndose posteriormente Colombia, respecto de algunos de ellos.

Según Cabello, el reconocimiento de sentencias extranjeras respecto del Tratado de Montevideo de 1889 se encuentra en el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, el cual fue adoptado en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, llevado a cabo en la misma ciudad, el 19 de marzo de 1940 (2015, p. 37). Este último convenio fue ratificado por la mayoría de los países antes descritos, aunque no por el Perú<sup>(8)</sup>.

Al respecto, si bien el Perú no ratificó este último documento, podemos mencionar que el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940 consta de 29 artículos y estableció que las sentencias dictadas en asuntos civiles, comerciales o contenciosos administrativos, las escrituras públicas y demás documentos otorgados por los funcionarios de un Estado<sup>(9)</sup>, se consideran auténticos en los otros Estados signatarios, siempre que estén debidamente legalizados.

Asimismo, las sentencias dictadas en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en donde fueron pronunciadas, si reúnen los siguientes requisitos:

1. Que hayan sido dictados por tribunal competente en la esfera internacional;
2. Que tengan el carácter de ejecutoriados o pasados en autoridad de cosa juzgada en el Estado en donde hayan sido pronunciados;
3. Que la parte contra la cual se hubieran dictado haya sido legalmente citada, y representada o declarada rebelde, conforme a la Ley del país en donde se siguió el juicio; y,
4. Que no se opongan al orden público del país de su cumplimiento.

(7) Los tratados adoptados en este Congreso fueron sobre Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, Derecho Penal Internacional, Propiedad Literaria y Artística, Marcas de Comercio y de Fábrica, Patentes de Invención, Ejercicio de Profesionales Liberales, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional.

(8) Al respecto, véase: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-17.html>

(9) Es interesante que el tratado haga referencia a "documentos otorgados por los funcionarios de un Estado"; pues, en un sentido amplio, podría entenderse que también incluye a los actos administrativos emitidos por la Administración de un Estado signatario correspondiente.

(10) Se denominó así por su impulsor y promotor, el jurista y político cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén.

(11) Es oportuno mencionar que los Estados Unidos se retiraron a la mitad de las negociaciones del Código, México y Colombia no firmaron este tratado, y las Repúblicas de Argentina, Uruguay y Paraguay decidieron regirse por las normas de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado de 1889, siendo que ciertos países firmantes lo ratificaron, pero con algunas reservas.

Para solicitar el cumplimiento de las sentencias, se deberán presentar, ante los tribunales competentes (en donde también participará el Ministerio Público), los siguientes documentos: (i) copia íntegra de la sentencia; (ii) copia de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento al derecho a la defensa; y (iii) copia auténtica del auto que declare que la sentencia tiene carácter de ejecutoriado o pasado a autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

Cabe mencionar que este Tratado de 1940 permite incluso que se ejecuten sentencias que contengan embargos sobre bienes ubicados en otro territorio, debiendo cumplirse con las formalidades antes descritas para ello.

### **3.3. Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante de 1928**

Durante la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana, República de Cuba, de fecha 20 de febrero de 1928, se adoptó el Código de Derecho Internacional Privado o también denominado *Código de Bustamante*<sup>(10)</sup> (en adelante, el Código).

Este Código consta de 437 artículos y versa sobre distintas materias de orden civil y penal, tales como nacionalidad y naturalización de personas, domicilio, nacimiento y extinción de la personalidad civil, personas jurídicas, matrimonio y divorcio, propiedad y bienes, sucesiones y testamentos, obligaciones y contratos, comerciantes, Derecho Penal Internacional, extradición, entre otros.

El Código de Bustamante fue ratificado y se encuentra vigente, hasta el día de hoy, para las Repúblicas de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela<sup>(11)</sup>.



Al respecto, cabe mencionar que los artículos 423 y siguientes del Código, establecieron ciertos parámetros para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. En ese sentido, se estableció que toda sentencia civil o contenciosa-administrativa<sup>(12)</sup> dictada por uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas del Código, el juez o tribunal que la haya dictado;
2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal para el juicio;
3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado; y,
6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

La ejecución de la sentencia deberá solicitarse al juez o tribunal competente, llevando a cabo las formalidades requeridas por la legislación interna, siendo que, contra la resolución judicial respectiva, se otorgarán todos los recursos que las leyes del Estado concedan respecto a sentencias definitivas dictadas en juicio declarativo de mayor cuantía.

Cabe mencionar que el Código señala que ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en materia penal, pudiendo solo ejecutarse dichas sentencias en lo que respecta a la responsabilidad civil y sus efectos sobre los bienes del condenado, siempre que hayan sido dictadas por juez competente según el Código, y con audiencia al interesado, se cumplan todas las demás cuestiones formales del Código.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante señalar que también existen intentos tratadistas más recientes sobre las mismas materias.

Sobre el particular, recientemente el 02 de julio de 2019, en la Vigésima Segunda Sesión Diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH, por sus siglas en inglés), se adoptó el *Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil o Mercantil*, el cual

a la fecha únicamente ha sido suscrito por la República Oriental del Uruguay.

Este Convenio pretende establecer un marco jurídico para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en el ámbito del Derecho Privado, proceso que actualmente en el Perú, además de los tratados antes descritos, se rige por el Código Civil y CPCivil, como veremos a continuación.

### **3.4. Reglas del Código Civil y del CPCivil para el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras en el Perú**

El Título IV del Código Civil peruano, aprobado mediante Decreto Legislativo 295 (artículos 2102 al 2111), establece que las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República del Perú la fuerza que les conceden los tratados respectivos. Si no hubiera tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por tribunales peruanos (*Principio de Reciprocidad*), siendo que si la sentencia procede de un país en el que (i) no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos o (ii) se revisa el fondo de los referidos fallos peruanos, dicha sentencia extranjera no tiene fuerza en nuestra República (*Principio de Reciprocidad Negativa*).

Además, debe tenerse presente que el artículo 2111 del Código Civil establece que lo dispuesto en este cuerpo normativo respecto a las disposiciones sobre Competencia Jurisdiccional (Derecho Internacional Privado), cuando resulte aplicable, rige también para las resoluciones extranjeras que ponen fin al proceso y, especialmente, para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil.

Ahora bien, para que se pueda llevar a cabo el proceso de reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras (denominado *Exequator*), se requiere lo siguiente:

(12) Salvo que tenga una acepción terminológica y/o histórica distinta, es de resaltar que el Código hace mención a las sentencias contenciosas-administrativas, lo cual nos demuestra que los actos administrativos sometidos a un control jurisdiccional en uno de los Estados, se reconocen en los otros Estados y, más aún, se pueden ejecutar (las sentencias) en los mismos.



- a) Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva;
- b) Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional;
- c) Que se haya citado al demandado conforme a la Ley del lugar del proceso; que se haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse;
- d) Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso;
- e) Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia;
- f) Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos y que haya sido dictada con anterioridad; y,
- g) Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.

Al respecto, la parte que requiera el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera en el Perú, deberá presentar una solicitud o demanda al Poder Judicial peruano, adjuntando copia de la sentencia extranjera íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al español o castellano, así como los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos antes descritos.

Sobre esto último, los artículos 749, 837 y 838 del CPCivil señalan que el reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras se tramita a través de un proceso no contencioso, debiendo interponerse la solicitud o demanda ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer la sentencia extranjera. Se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú, correspondiendo la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.

Cabe señalar que, a través del *Exequator*, (...) se inviste a la sentencia extranjera, tal como ha sido dictada, de

los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales, sin necesidad de entrar a la revisión del juicio. Es pues, en principio, una revisión de formalidades procesales universalmente consagradas, que garantizan la observancia del debido proceso, reservándose el orden local un poder de control o de revisión de excepción, antes de prestarle la fuerza para su cumplimiento, ejerciendo nuestra judicatura una competencia internacional indirecta. Sentís Melendo expresa que lo que se examina, no es, pues, el litigio, sino la sentencia; mejor dicho, la materia litigiosa en el juicio de reconocimiento es la propia sentencia (Cabello, 1999, p. 805).

En este contexto, y teniendo en cuenta todo lo antes descrito, podemos mencionar que el Estado peruano no aplica a rajatabla los Principios de Soberanía y Territorialidad, sino que -legislativamente- admite modulaciones y/o excepciones en materia jurisdiccional, siendo que ahora analizaremos si ello también ocurre en materia jurídico-administrativa<sup>(13)</sup>.

## **4. Los Actos administrativos transnacionales o extraterritoriales: una mirada hacia el Perú**

### **4.1. Marco conceptual**

Como bien sabrá el lector, los actos administrativos se definen como *toda declaración de la Administración Pública que trae como consecuencia la producción de efectos jurídicos en ejercicio de una potestad administrativa*<sup>(14)</sup>, creando, modificando o extinguendo los deberes, derechos, cargas, obligaciones, entre otros, de los administrados destinatarios del acto, lo cual se condice con lo establecido por el artículo 1 del TUO de la LPAG<sup>(15)</sup>.

- (13) Ciertos autores señalan que ya existe una “*internacionalización*” de la Administración, definida como “todos aquellos fenómenos de carácter administrativo que sobrepasan las fronteras de los espacios administrativos nacionales, tanto si proceden de los mismos como si han sido concebidos desde un primer momento sin consideración de tales fronteras” (Schmidt-Assmann, 2006, p. 9).
- (14) Al respecto, existe una controversia respecto de la noción de acto administrativo, entre quienes defienden un concepto más amplio de acto administrativo, que incluye las declaraciones de voluntad, juicio, conocimiento y deseo, como el Dr. Abrúña (2016, p. 252), y quienes defienden una noción más estricta, como lo hace, en el Perú, Huapaya (2011, p. 149). Esta discusión alcanza a la inclusión de los reglamentos dentro de la noción de acto administrativo.
- (15) TUO de la LPAG  
Artículo 1.- Concepto de acto administrativo  
1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.  
1.2. No son actos administrativos:



A mayor abundamiento, de acuerdo al TUO de la LPAG, para que un acto administrativo sea válido en el territorio peruano, debe cumplir con los requisitos esbozados en el artículo 3 de la referida norma; es decir, (i) debe ser emitido por un órgano facultado por razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado (competencia); (ii) debe expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos y su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación (objeto); (iii) debe adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor (finalidad pública); (iv) debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico (motivación); y (v) antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación (procedimiento regular). Cabe mencionar que, a partir del artículo 9, en el Perú se presume la validez de todo acto administrativo salvo que su nulidad sea declarada administrativa o judicialmente.

Por su parte, con relación a la eficacia de los actos administrativos; es decir, la capacidad de producir efectos jurídicos en un administrado y/o en terceros una vez expedidos, el artículo 16 del TUO de la LPAG establece que el acto administrativo es eficaz a partir de la notificación legalmente realizada, salvo el acto administrativo que otorga beneficio al administrado el cual se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, siempre que el acto no contenga una disposición distinta.

En este contexto, nos preguntamos qué vendrían a ser los actos administrativos transnacionales. Al respecto, podemos mencionar que:

(...) se trata de actos dictados por un órgano administrativo nacional que asume funciones descentralizadas con efectos extraterritoriales que de otro modo habrían sido desempeñadas por una organización territorial, central y unitaria (...) dicho acto resulta válido y eficaz en otros o en todos los Estados miembros, sin necesidad de que cada una de las Administraciones de dichos Estados realicen una actuación jurídico-administrativa *ex post* a efectos de su reconocimiento (...) (Ortega, 2017, pp. 83-84).

Se trata, en buena cuenta, de una forma de cooperación interadministrativa entre Estados.

Para Bocanegra y García, los actos administrativos transnacionales<sup>(16)</sup> son aquellos que:

(...) producen efectos jurídicos más allá del ámbito territorial del órgano estatal que dicta el correspondiente acto. Su eficacia se extiende también, con frecuencia, fuera del propio ámbito de vigencia de la norma material aplicada, (...). Esta eficacia internacional es, por tanto, un requisito común a todas las representaciones del acto administrativo transnacional en sentido estricto cuya justificación (la de su eficacia internacional) se encuentra en la norma de cobertura internacional o interna que impone la aceptación del acto dictado por un órgano administrativo ajeno al sistema jurídico en el que produce sus efectos (...) tiene fuerza vinculante porque constituye el resultado del ejercicio de una potestad administrativa de aplicación *ad casum* de una norma jurídica que es eficaz, en principio, con independencia del mandato jurídico que el acto administrativo incorpora y cuya eficacia continúa produciendo sus consecuencias al margen de éste (...) (2008, pp. 13-14).

Esta figura, debido a obvias razones de interrelación geográfica, histórica y jurídica, ha alcanzado un gran desarrollo y usanza en la Unión Europea<sup>(17)</sup>, siendo que:

(...) una vez que la resolución se ha dictado en el marco de otro sistema jurídico, las normas comunes de Derecho Internacional o comunitario que reconocen la figura del acto administrativo transnacional en sentido estricto imponen el reconocimiento automático de sus efectos, sin permitir que la Administración "receptora" examine el ajuste efectivo de la resolución al Derecho común que la justifica (Bocanegra y García, 2008, p. 14).

Para que lo anteriormente descrito ocurra:

(...) los ordenamientos en los que la resolución tendrá eficacia partirán generalmente de unos mismos o muy semejantes presupuestos jurídicos materiales, lo que hace posible el reconocimiento internacional de la aplicación a cada caso de un Derecho material que viene a resultar común o por lo menos muy parecido entre sí. La justificación de la existencia de

1.2.1. Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2. Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

(16) Para García & Bocanegra, esta nomenclatura o denominación proviene del autor alemán E. Schmidt-Assmann, pues el año 1993 publicó un trabajo en el que se aislaban los principales problemas de esta figura.



actos con eficacia transnacional habría que encontrarla, pues, en la propia armonización, o cuando menos proximidad, del Derecho material aplicable a la hora de adoptar el acto administrativo de eficacia internacional. Una vez que la armonización se ha producido, bien mediante un Tratado internacional o por la vía de la existencia de una norma común adoptada por la Unión Europea, el reconocimiento de los actos administrativos dictados de conformidad con ese cuerpo normativo constituye, por su parte, una regla directamente dirigida a la agilización del tráfico jurídico y a la simplificación de trámites (...) El gran impulso armonizador en el seno de la Comunidad Europea, (...), trae causa de la llamada jurisprudencia Cassis de Dijon del TJCE, cuya Sentencia, que reconoció el derecho a comercializar una mercancía (una bebida alcohólica)<sup>(18)</sup> producida legalmente en un Estado en los demás Estados miembros, constituye el leading case en materia de obligatoriedad de reconocimiento mutuo impuesta por la libre circulación de mercancías (Bocanegra y García, 2008, p. 15).

Entonces, debemos resaltar que es especialmente relevante que los Estados que van a reconocer los efectos transnacionales de los actos administrativos, tengan conocimiento, proximidad y, principalmente, confianza mutua, en las normas materiales de los otros Estados. En ese contexto, necesariamente deberá existir y materializarse una *armonización* de sus legislaciones en las materias concretas que van a reconocerse mutuamente, a efectos que exista equivalencia<sup>(19)</sup> en los mismos, pudiendo ser más rigurosos y estrictos en ciertos campos que puedan afectar, por ejemplo, la salud y vida humana, el medio ambiente, entre otras cuestiones de gran relevancia para los Estados (p.e. regulación de productos farmacéuticos, semillas modificadas, entre otros).

Cabe mencionar que los actos administrativos transnacionales tienen repercusión directa sobre la actuación

de las Administraciones Públicas del Estado receptor y, en específico, sobre el órgano administrativo que lo recibe, siendo obligatorio que lo respete, no interfiera en su eficacia y permita el despliegue pleno de sus efectos, pudiendo incluso establecerse una colaboración del órgano receptor para ejecutar el acto transaccional o permitir que la Administración autora del acto (del Estado de origen) pueda realizar determinada actividad ejecutoria en su propio ámbito de actuación territorial (p.e. acceso a información del Estado receptor).

#### **4.2. Tipos de actos transnacionales**

El legislador nacional puede emitir normatividad interna o ratificar un Tratado Internacional en el sentido que (i) reconozca directamente los efectos del acto administrativo emitido por otro Estado, al considerar, en un caso particular, que la licencia, permiso o autorización emitida por el otro Estado es igualmente válida, eficaz y satisfactoria dentro de su territorio, en cuyo caso, según Bocanegra y García (2008), estaremos ante los actos administrativos transnacionales, en sentido estricto<sup>(20)</sup>; o (ii) establezca un procedimiento de reconocimiento interno (una especie de homologación) respecto de la equivalencia del acto administrativo extranjero<sup>(21)</sup>, en cuyo

(17) Al respecto, véase: [https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief\\_es](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es)

(18) El Tribunal de Justicia Europeo entendió que una determinada regulación alemana, referida a la cantidad mínima de alcohol exigible, impedía la comercialización de un licor francés en territorio alemán, lo cual resultaba contrario al mercado común europeo.

(19) Según Agudo: "Equivalencia no significa total equiparación y tampoco presupone una correspondencia plena entre legislaciones. Equivalencia significa equiparabilidad, esto es, una correlación compartida de fines y objetivos, así como un nivel similar de protección, sin que para ello sea precisa una identidad de medios jurídicos" (2018, pp. 124-125).

(20) En el caso español, según la RD 772/1997, de 30 de mayo, que aprueba el Reglamento General de Conductores, se puede citar como ejemplo el permiso de conducir, pues la tenencia de un permiso expedido por un Estado extranjero (dentro de la Unión Europea) exime de la necesidad de obtener un permiso para conducir en España, siempre que el conductor tenga la edad necesaria para obtener el permiso español y que, en caso de que el titular establezca su residencia normal en España, introduzca sus datos en el Registro de Conductores e Infractores en el plazo de seis (6) meses. Para el caso de permisos de conducir no comunitarios, se reconocen los permisos internacionales expedidos en el extranjero según el modelo del Anexo 10 de la Convención de Ginebra de fecha 19 de septiembre de 1949, o de acuerdo al modelo del Anexo E de la Convención Internacional de París de fecha 24 de abril de 1926, aunque sujetos a ciertas regulaciones específicas.

Otro ejemplo podría ser el visado uniforme válido para todos los países que conforman la Unión Europea, denominado Visado Schengen. Este visado tiene como fuente o fundamento el Acuerdo de Schengen de fecha 14 de junio de 1985, el cual establecía la supresión gradual de los controles en las fronteras comunitarias, siendo que la visa otorgada por un Estado es válido y eficaz para todos los demás Estados miembros.

(21) También en el caso español, se puede señalar como ejemplo, el reconocimiento de títulos académicos o universitarios extranjeros, cuya validez depende de un procedimiento de homologación en el que se examina la equivalencia de los estudios cursados con los establecidos por España. A través del RD 285/2004, de 20 de febrero, modificado por el RD 309/2005, de 18 de marzo, se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, en el cual se determina que, la homologación se produce con una resolución positiva de homologación del título extranjero, teniendo los mismos efectos que un título o grado español. Esto se ve complementado con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7



caso, los referidos autores señalan que ya no estaremos frente a actos transnacionales, en sentido estricto.

Cabe mencionar que, un escenario intermedio podría ser el establecimiento de procedimientos administrativos de emisión del acto administrativo originario, bien con participación conjunta o de colaboración entre ambos Estados (p.e. con intercambio de información)<sup>(22)</sup>.

En este orden de ideas, podemos mencionar que existen dos (2) tipos de actos administrativos transaccionales o extraterritoriales:

- a) Actos transnacionales en sentido estricto: Su eficacia transnacional es automática e inmediata, siendo verdaderos o genuinos actos transnacionales. También se les denomina *actos de pura transnacionalidad*. Se dictan teniendo como base marcos normativos altamente armonizados entre los Estados<sup>(23)</sup>, siendo que, si se trata de un acto favorable, su contenido consistirá en el ejercicio de libertades económicas (una licencia, por ejemplo), y si es desfavorable, será una sanción pecuniaria (multa), la ejecución de medidas correctivas, incluyendo la posible cesación de una conducta antijurídica. A pesar de su eficacia automática, en algunos ordenamientos se han planteado ciertos mecanismos de reacción del Estado receptor del acto transnacional, como podría ser la participación de las Administraciones del Estado receptor en el procedimiento administrativo del Estado de origen, lo cual legitima aún más el acto administrativo dictado.
- b) Actos transnacionales sujetos a un reconocimiento posterior: Respecto a este tipo de actos, se exige un reconocimiento de su equivalencia, a través de la emisión de una resolución del Estado receptor, siendo por ende que ya no nos encontramos ante actos transnacionales en sentido estricto (p.e. reconocimiento de títulos universitarios extranjeros). Se señala que ya no existe una auténtica transnacionalidad pues el despliegue de los efectos extraterritoriales del acto se sujeta o hace depender de la decisión del Estado receptor en relación a un reconocimiento posterior. Puede limitarse a un trámite de poca transcendencia jurídica, limitando la discrecionalidad del Estado receptor, aunque en buena

cuenta se tratará de un procedimiento de reconocimiento. A este tipo de actos se les denomina *secuencia de autorizaciones, actos de verificación del Estado receptor, decisiones de referencia o autorizaciones sujetas a reconocimiento* (Ortega, 2017, pp. 91-92).

#### 4.3. Control de los actos administrativos transnacionales

Si bien se trata de un acto administrativo que emite un Estado y se reconoce y ejecuta en otro, consideramos que las reglas generales aplicables sobre los recursos administrativos y sobre el control jurisdiccional del acto, incluyendo sus respectivas normas sustantivas y procedimentales, no deberían variar. Vale decir, si el destinatario del acto tiene la intención de cuestionar la legalidad y/o validez del acto administrativo transnacional, tendrá que realizarlo frente la Administración Pública del Estado en donde se dictó el acto y, posteriormente, en un proceso contencioso administrativo, ante el Poder Judicial del mismo Estado, no debiendo ser posible cuestionar el acto ante las autoridades administrativas y/o judiciales del Estado “receptor”.

Además, según señalan Bocanegra y García:

El mismo criterio general rige en el caso de activación de las potestades de revisión de oficio o de revocación de este tipo de resoluciones, que sólo (sic) pueden ser emprendidas por las autoridades competentes en el Estado que dictó el acto (2008, p. 23).

Como bien menciona Ortega:

(...) el acto administrativo transnacional presupone que rija cierta concurrencia normativa -en el sentido de competencia entre ordenamientos- y a que ésta se resuelva con la primacía aplicativa de la legislación del

de septiembre de 2005, en la que se establece que “en caso de que, en un Estado miembro de acogida, el acceso a una profesión regulada o su ejercicio estén supeditados a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales, la autoridad competente de dicho Estado miembro concederá el acceso a esa profesión y su ejercicio en las mismas condiciones que los nacionales a los solicitantes que posean el certificado de competencias o el título de formación exigidos por otro Estado miembro para acceder a esa misma profesión en su territorio o ejercerla en el mismo”.

- (22) En Europa existen formas de organización administrativa denominadas como “Redes” o “Agencias”, las cuales tienen como función ser el soporte organizativo para el intercambio de información y/o la realización de consultas imprescindibles entre Estados, ello a efectos de adoptar un acto con eficacia transnacional. Como ejemplo, al respecto, véase: <https://eucyl.jcyl.es/web/es/castilla-leon-union-europea/redes-europeas.html>
- (23) En la Unión Europea se ha creado el modelo de *one-stop*; es decir, una sola Administración nacional controla el cumplimiento de los requisitos jurídicos para el ejercicio de una actividad prestacional de servicios en la comunidad europea, otorgando la licencia, permiso o autorización correspondiente.



Estado de origen. Esto es, se decida a favor de la aplicación del ordenamiento jurídico del Estado que emite el acto y con el desplazamiento (o pérdida de aplicación) del sistema jurídico del Estado que recibe el acto administrativo ya dictado, al menos en relación tanto con la regulación de la acción de ejecución o subsanación del supuesto de hecho fáctico en una norma, como con respecto a la regulación del régimen jurídico de validez y eficacia aplicable al acto ya emitido (2017, p. 85).

No obstante, de cara a los problemas que se han suscitado en la Unión Europea respecto al ejercicio de la tutela judicial efectiva, los cuales se evidencian en la presencia de muy diversos sistemas de impugnación administrativa y contenciosa, con plazos disímiles, con la existencia o no de vías administrativas previas, entre otras cuestiones complejas, siempre será recomendable que los Estados contratantes también se planteen y lleven a cabo una *armonización* de sus sistemas jurídicos; pues, de no ser así, se puede generar un fenómeno que se ha denominado *dumping regulatorio y procedural*.

Según los autores antes citados:

(...) si un Estado cuyos actos disfrutan de eficacia transfronteriza ofrece un procedimiento más ágil o requisitos de fondo menos estrictos que otros Estados es evidente que ese Estado generará un poder de atracción adicional sobre todos aquellos agentes que tengan la capacidad y la información suficientes para aprovechar esas ventajas competitivas, con lo que, cada vez que eso sucede, se violentan claramente las exigencias del principio de igualdad y se desfiguran los intereses públicos en juego, con el resultado de facto de la imposición de una armonización a la baja, al utilizarse la tramitación y la regulación del Estado menos exigente en la tutela de los intereses públicos (Bocanegra y García, 2008, pp. 26-27).

#### **4.4. La República del Perú y los actos administrativos transnacionales**

Habiendo analizado lo que se entiende por la figura jurídica del acto administrativo extraterritorial, su alcance y sus consecuencias, la última cuestión a dilucidar es si todo ello es aplicable en nuestro país; es decir, si existen actos administrativos transnacionales, ya sea de origen o como destinatario, que involucren al Estado peruano y a sus Administraciones Públicas. Y la respuesta es afirmativa.

Si se revisan las normas generales sobre actos administrativos, tales como el TUO de la LPAG, el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado a través del Decreto Supremo 018-2008-JUS (en adelante, el TUO de LPEC), y/o su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 069-2003-EF, el lector se va a dar con la ingrata sorpresa de que no se ha planteado ni una sola disposición normativa al respecto. Sin embargo, ello no ocurre así con ciertos Tratados Internacionales ratificados por el Perú, además de normatividad interna que se ha expedido en determinados sectores.

En ese contexto, de la revisión de los tratados ratificados y la normatividad sectorial nacional, se puede llegar a la conclusión de que el Estado peruano admite la existencia de los actos administrativos transnacionales, ya sea cuando una Administración peruana los emite y producen efectos en otros Estados o cuando el Estado peruano los recibe y reconoce su eficacia en territorio nacional, materializándose -en territorio nacional- tanto los actos transnacionales en sentido estricto como los que necesitan de reconocimiento expreso para surtir efectos<sup>(24)</sup>. Incluso, aunque no es materia del presente artículo, podemos señalar que la extraterritorialidad se ha llevado al campo de la supervisión administrativa, tal como se desprende de la lectura de los artículos 9 y 70 de la LACP<sup>(25)</sup>.

Así tenemos, por ejemplo, que el Estado peruano es parte de la Comunidad Andina de Nacionales (en adelante, la Comunidad Andina), una organización internacional formada por cuatro (4) Estados andinos<sup>(26)</sup>, cuyo nacimiento se dio con la entrada en vigor del Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969. En este contexto, la

- 
- (24) Es oportuno mencionar que hemos logrado ubicar actos transnacionales de favorecimiento al administrado, más así actos de ejecución de multas o medidas correctivas extranjeras.
- (25) De conformidad con el literal p) del artículo 9 y el artículo 70 de la LACP, cuando una aeronave con matrícula peruana sea explotada en otro Estado mediante un contrato de arrendamiento o fletamiento, la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante, la DGAC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú podrá transferirle a ese Estado todas o parte de sus funciones y obligaciones que tiene como Estado de Matrícula de la aeronave, siendo que DGAC quedará eximida de su responsabilidad con respecto a las funciones y obligaciones que transfiera. Asimismo, cuando una aeronave con matrícula extranjera sea explotada en territorio peruano mediante un contrato de arrendamiento o fletamiento, la DGAC puede asumir todas o parte de las funciones y obligaciones del Estado de Matrícula. La transferencia de funciones y obligaciones a que se efectuará mediante la celebración de convenios de cooperación y asistencia técnica en materia aeronáutica ya sean nacionales o internacionales.
- (26) Está formada, además de la República del Perú, por la República de Bolivia, la República de Colombia y la República del Ecuador.



Comunidad Andina emite Decisiones que son de cumplimiento y aplicación en los ordenamientos jurídicos de cada uno de estos países.

Siendo ello así, con fecha 29 de abril de 2019, se publicó en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 837 sobre el Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (en adelante, la Decisión 487), la cual estableció una serie de reglas armonizadas sobre esta materia para los cuatro (4) países miembros, destacando las siguientes disposiciones:

- a) El artículo 4 de la Decisión 487 estableció que: "Los Países Miembros acuerdan homologar los documentos de transporte y eliminar toda medida restrictiva que afecte o pueda afectar las operaciones de transporte internacional".
- b) Los artículos 13 y 18 precisaron que: "Los Países Miembros, en sus respectivos territorios, conceden al transportista autorizado el derecho de ofertar y prestar el servicio de transporte internacional, así como establecer oficinas o sucursales". Asimismo: "El transportista autorizado, podrá realizar una operación de transporte internacional de mercancías por carretera, una vez que su Permiso Originario<sup>(27)</sup> y los Certificados de Habilitación<sup>(28)</sup> y de Registro<sup>(29)</sup> correspondientes se encuentran inscritos y validados en un sistema de información y consultas (...)".
- c) El artículo 25 señala que: "Las licencias de conducir de los vehículos automotores, otorgadas por un País Miembro, que utilicen los conductores de transporte internacional, serán reconocidas como válidas en los demás Países Miembros por los cuales transite".
- d) El artículo 29 menciona que: "La identificación utilizada por un País Miembro para los vehículos matriculados en ese país (placas u otras identificaciones), y que se use en los vehículos habilitados y en las unidades de carga, será reconocida como válida en los demás Países Miembros por los cuales estos vehículos u unidades transiten".
- e) Los artículos 34 y 36 establecen que, el Permiso Originario será expedido de conformidad con los procedimientos y demás disposiciones previstas en la legislación nacional del País Miembro respectivo, siendo que este Permiso será aceptado por los Países Miembros como prueba de que el transportista es idóneo para realizar transporte internacional.
- f) El artículo 155 menciona que: "La tripulación de los vehículos habilitados, para su ingreso, circulación, permanencia y

salida de los Países Miembros, solamente necesitará presentar la Libreta de Tripulante Terrestre y su correspondiente documento nacional de identidad personal [énfasis agregado].

- g) El artículo 156 señala que: "La Libreta de Tripulante Terrestre será expedida por el organismo nacional competente [énfasis agregado], únicamente a nombre de una persona natural nacional o extranjera con visa de residente en el País Miembro en el que la solicita, previa petición de un transportista autorizado".
- h) Finalmente, el artículo 166 de la Decisión 487 establece que: "Las autorizaciones de transportistas y las habilitaciones de vehículos y unidades de carga para transporte internacional de mercancías por carretera que confieran los Países Miembros, constarán en un sistema de información y consultas entre dichos Países Miembros y la Secretaría General de la Comunidad Andina [énfasis agregado]. Tendrán acceso a dicho sistema las autoridades encargadas del control aduanero y del transporte internacional por carretera de los Países Miembros".

En este orden de ideas, tenemos que la República del Perú, como Estado soberano, al ratificar el Acuerdo de Cartagena, ha admitido y permitido la existencia y ejecutabilidad de determinados actos administrativos transnacionales en sentido estricto, pues son de eficacia directa e inmediata en las geografías de cada país, incluyendo al Perú.

Estos actos administrativos de favorecimiento a los administrados, tales como (i) las licencias de conducir, (ii) las placas de rodaje, (iii) los permisos o autorizaciones de transporte, (iv) los documentos nacionales de identidad de los transportistas, entre otros, los reconoce el Estado peruano, ya sea como

(27) Es el documento que acredita que un transportista ha sido autorizado por el organismo nacional competente de su país de origen, para realizar transporte internacional de mercancías por carretera, en los Países Miembros.

(28) Es el documento que acredita la habilitación de un camión o tracto-camión para prestar el servicio de transporte internacional de mercancías por carretera. Contiene el acto administrativo por el cual se califica al camión como apto para efectuar el referido transporte.

(29) El Registro es la inscripción que realizan los organismos nacionales competentes de transporte del país de origen de cada transportista autorizado y de cada uno de los vehículos habilitados y de las unidades de carga a ser utilizados en el transporte internacional, a efecto de ejercer los controles correspondientes.



Estado originador o como Estado receptor de los mismos, con la finalidad de que exista una libre circulación de personas y vehículos de carga, favoreciendo así el transporte internacional de mercancías en la CAN.

Por otro lado, como ejemplo de un acto administrativo extraterritorial que requiere de un reconocimiento expreso previo por los Estados (es decir, los actos administrativos que no son transaccionales en sentido estricto), tenemos el reconocimiento, por parte de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (en adelante, la Sunedu), de los grados académicos o títulos otorgados por universidades y escuelas de educación superior extranjeras.

Al respecto, de conformidad con la Ley Universitaria, Ley 30220, y el Reglamento de reconocimiento de grados y/o títulos otorgados en el extranjero, aprobado mediante Resolución 009-2020-SUNEDU/CD (en adelante, la Resolución 009-2020), el Estado peruano -a través de la Sunedu- reconoce e inscribe en su Registro Nacional de Grados y Títulos, aquellos títulos emitidos por universidades en el extranjero<sup>(30)</sup>, siempre que cumplan determinados requisitos.

En ese contexto, los artículos 6 y 7 de la Resolución 099-2020 establecen que el Estado Peruano reconocerá los grados y/o títulos extranjeros, mediante la emisión de un acto administrativo de la Sunedu, siempre que:

- a) Hayan sido emitidos por instituciones educativas de rango universitario ubicadas dentro de las primeras quinientas (500) posiciones en los rankings de *QS World University Ranking*, *Academic Ranking of World Universities*, *Times Higher Education* y *Scimago Institutions Rankings*, o,
- b) Se haya suscrito un Tratado Internacional con otros países sobre la materia<sup>(31)</sup>.

En ese contexto, el solicitante deberá presentar los siguientes documentos a la Sunedu (ya sea en idioma castellano o traducidos al mismo):

- a) Solicitud de reconocimiento, según el formato aprobado por Sunedu;
- b) Diploma original que acredite el título universitario. Este diploma debe ser verificable ya sea (i) por acceso a una base de datos oficial proporcionada por el solicitante o (ii) mediante una apostilla o legalización del diploma;
- c) Comprobante de pago del derecho de trámite; y,

- d) En caso de que se requiera que el reconocimiento contenga otros datos distintos al diploma, se deberán remitir los certificados de estudio o suplemento al título original también apostillados.

Una vez presentados todos los documentos, la Sunedu tiene un plazo de treinta (30) días hábiles para poder resolver y emitir su acto. Este procedimiento se encuentra sometido a silencio administrativo negativo.

## 5. Conclusiones

Por todo lo expuesto, podemos concluir que los actos administrativos transnacionales son una materia aplicable plenamente a nuestro ordenamiento jurídico nacional, siendo que, poco a poco irá ampliándose su radio de acción e influencia, por los efectos propios de la interrelación que tengamos con otros Estados soberanos con los cuales compartamos intereses comunes y logremos una armonización normativa. En ese sentido, como *lege ferenda*, consideramos recomendable que el legislador nacional siente las bases y emita disposiciones de carácter general, ajustando entre otras normas, el TUO de la LPAG y el TUO de LPEC, con la finalidad de centralizar y codificar reglas claras para el desarrollo de esta figura jurídica.

## Referencias bibliográficas:

- Abruña, A. (2016). Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo. *Revista Foro Académico*, 15, 250-271.
- Agudo, J. (2018). La extraterritorialidad de las actuaciones jurídico-administrativas de las Comunidades Autónomas. *Revista de Administración Pública*, 206, 99-145. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.04>

(30) En el Perú se entiende que las universidades públicas y privadas, al emitir un título universitario a nombre de la Nación, están ejerciendo función administrativa. En ese sentido, dichos títulos tienen la naturaleza de actos administrativos.

(31) De conformidad con la Sunedu y el Ministerio de Relaciones Exteriores, la República del Perú cuenta con sesenta y seis (66) Tratados sobre reconocimiento de grados y títulos universitarios extranjeros. Entre los países que más resaltan tenemos a Alemania, Argentina, Brasil, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Japón, Polonia, Reino Unido, Rusia, entre otros. Para mayor información al respecto, véase: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1410192/Componente%205%20-%20Lista%20de%20acuerdos%20de%20reconocimiento.pdf>



- Bocanegra, R. y García Luengo, J. (2008). Los actos administrativos transnacionales. *Revista de la Administración Pública*, 177, 9-29.
- Cabello, C. (1999). Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar. *Derecho PUCP*, 52, 803-825. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.036>
- Cabello, C. (2015). El reconocimiento de divorcios extranjeros: Una visión comparativa entre el régimen latinoamericano y europeo: apuntes de la jurisprudencia peruana en el reconocimiento de divorcios no judiciales. *Revista del Instituto de Familia, Persona y Familia*, 4, 27-45.
- Etala, C.A. (2016). *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*. Marcial Pons.
- Expediente No. 05761-2009-PHC/TC (2010, 13 de mayo). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05761-2009-HC.pdf>
- Huapaya, R. (2011). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la LPAG. En R. Huapaya (Ed.), *Administración Pública, Derecho administrativo y regulación. Estudios y Cuestiones* (pp. 149 y ss). Ara Editores.
- Ortega, J. (2017). El acto administrativo transnacional en el Derecho Europeo del mercado interno. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 188, 97-121.
- Ruchelli, H. y Ferrer, H. (1983). *La sentencia extranjera*. Abeledo-Perrot.
- Schmidt-Assmann, E. (2006). La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, 171, 7-34.
- Sentencia No. C-1189/00 (2000, 13 de setiembre). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1189-00.htm>



# La compraventa sobre el bien ajeno en el Perú y sus fuentes: ¿valididad o ineficacia? (\*)

*The trading of other's property in Peru and its sources: validity or inefficiency?*

**Marco Antonio Villota Cerna<sup>(\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** El presente artículo trata sobre la compraventa de bien ajeno en el Perú respecto a si constituye un supuesto de invalidez o de ineficacia del contrato, a propósito de la diversa jurisprudencia y doctrina que se ha producido sobre la materia. Para ello se parte de un estudio histórico y comparativo del contrato de compraventa en el Derecho Romano y en las diversas legislaciones del civil law, incluida la figura de la venta de bien ajeno y el tratamiento de las normas registrales. En el caso del Perú, se analiza la influencia del derecho comparado en la regulación del contrato de compraventa y cómo ha incidido en la diferente interpretación de la compraventa de bien ajeno y en las normas registrales. Adicionalmente, se hace un análisis de los diferentes supuestos de compraventa de bien ajeno, los remedios que corresponden, la concordancia con las normas registrales; y finalmente se extraen las correspondientes conclusiones.

**Palabras clave:** Compraventa de bien ajeno - Validez - Ineficacia - Oponibilidad de Derechos - Non domino - Derecho Romano - Civil Law

**Abstract:** This article deals with the trading of other's property in Peru as to whether it constitutes a case of invalidity or ineffectiveness of the contract, based on the different jurisprudence and doctrine that has been produced on the matter. This is based on a historical and comparative study of the contract of sale in Roman Law and in the various civil law legislations, including the figure of the sale of another's property and the treatment of the registry rules. In the case of Peru, the influence of comparative law in the regulation of the sales contract is analyzed and how it has influenced the different interpretation of the sale of another's property and the registry rules. Additionally, an analysis is made of the different cases of sale and purchase of another's property, the corresponding remedies, the concordance with the registry rules; and finally, the corresponding conclusions are drawn.

**Keywords:** Trading of other's property - Validity - Ineffectiveness - Opposability of Rights - Non domino - Roman Law - Civil Law

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 3 de octubre de 2022 y su publicación fue aprobada el 21 de noviembre de 2022.

(\*\*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Doctorado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de los cursos de Contratos Típicos y de Responsabilidad Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Notario de Lima. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1636-0364>. Correo electrónico: [villota.ma@pucp.edu.pe](mailto:villota.ma@pucp.edu.pe).



## 1. Introducción

Uno de los temas más debatidos en el Perú en materia jurídica es el de la compraventa de bien ajeno, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Ello se presenta en una serie de casos, tales como la doble venta, la venta de un bien por un copropietario o por uno de los miembros de la sociedad conyugal, entre otros. Algunos autores o jueces consideran que se trataría de un caso de nulidad, mientras que para otros autores nos encontraríamos ante un caso de ineficacia del acto jurídico que no afectaría su validez. En el VIII Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República se expresaron ambas posiciones para un caso de transferencia de un bien social por uno de los cónyuges.

Nuestro Código Civil ha recogido diferentes fuentes en materia de compraventa y sus efectos. Por un lado, tenemos el artículo 1529 sobre definición de compraventa que recoge la teoría romana del título y modo. De otro lado, tenemos el artículo 949 del mismo Código que recoge la teoría francesa de que el solo contrato transfiere la propiedad. Asimismo, existen normas de derecho de familia sobre los bienes de la sociedad conyugal (art. 315); y las normas sobre registros públicos para regular la *oponibilidad* de derechos (art. 2022) y la figura del tercero registral (art. 2014). Sin perjuicio de ello, existen las normas sobre la nulidad del acto jurídico a la cual ha recurrido muchas veces la jurisprudencia para resolver los conflictos de derechos.

Esta diversidad de fuentes de nuestra legislación explica las diferentes concepciones y tratamientos que se ha dado a la compraventa de bien ajeno en el Perú. Para algunos, la compraventa de bien ajeno constituye un supuesto de nulidad absoluta (art. 219) desde el punto de vista del propietario o tercero afectado (Casación No. 1376-99) -que podría estar inspirado en el artículo 1599 del Código Civil Francés respecto de que es nula la venta de bien ajeno- mientras que para otros constituye un supuesto de ineficacia o de inoponibilidad, porque la falta de titularidad no tendría que ver con la validez del acto jurídico, sino con su eficacia -inspirado en el artículo 185 del Código Civil Alemán y recogido también por la doctrina italiana.

Paralelamente, el hecho de que el solo contrato transfiriera la propiedad inmueble, como en Francia e Italia, generaba la existencia de una propiedad relativa y el problema de la doble venta. Ello motivó el surgimiento de normas registrales para resolver la preferencia con el principio de oponibilidad registral, recogido en los artículos 2016 y 2022 de nuestro Código Civil. Igualmente, en Alemania surgió la figura del tercero registral, recogido también en España y en el artículo 2014 de nuestro Código Civil, para proteger a aquel que había adquirido en mérito de la fe del registro.

Adicionalmente, históricamente, desde el Derecho Romano, se había considerado que el comprador que había ingresado en

posesión del bien con un justo título (contrato de compraventa), otorgado por el vendedor que no resultaba ser propietario, adquiría la propiedad por prescripción adquisitiva (Art. 950 de nuestro Código Civil). Así, se consideraba como justo título la existencia de un contrato generalmente válido pero ineficaz por no haberlo otorgado el propietario.

En el presente artículo efectuaremos un análisis acerca de si es que la compraventa de bien ajeno constituye un supuesto de nulidad (invalidez) o de ineficacia, a la luz del desarrollo histórico y del análisis comparado de las codificaciones que han influido sobre nuestro Código Civil, para con ello dar una interpretación sistemática y armónica a sus normas. Para ello, efectuaremos el estudio de la compraventa en el Derecho Romano, en el Derecho Francés, en el Derecho Italiano, en el Derecho Alemán y en el Derecho Español. Asimismo, efectuaremos el análisis del contrato de compraventa y los modos de adquisición de la propiedad conjuntamente con las normas registrales en las diferentes legislaciones.

## 2. La compraventa en el Derecho Romano

La compraventa del derecho romano tenía un carácter obligatorio, en virtud del cual el vendedor se obligaba a entregar la cosa a favor del comprador y mantenerlo en la posesión pacífica del mismo. No tenía por objeto la transferencia de propiedad que se producía por otro acto (*mancipatio, in iure cessio* y *la traditio*). La compraventa romana consistía, sobre todo, en una obligación de entregar el bien y de mantener en la posesión pacífica al comprador; caso contrario, el vendedor respondía por lo que ahora conocemos como saneamiento por evicción. El comprador tenía una *actio empti* por medio de la cual exigía la entrega del bien. Sin embargo, conforme lo sostiene Badenes Gasset, el vendedor no quedaba obligado más que a trasmitir la posesión (1995, p. 47). En esto coincide el profesor Diez Picazo quien sostiene lo siguiente respecto a la naturaleza de la compraventa romana:

En el derecho romano clásico, la compraventa no operaba la transmisión de dominio de la



cosa vendida. El vendedor garantizaba al comprador una quieta y pacífica posesión de la cosa y respondía en el caso de que el comprador se viera privado de ella, al principio por una especial estipulación añadida al contrato y después aun sin tal disposición; pero no tenía que hacer propietario al comprador, ni obligarse a ello, la propiedad sobre las cosas *mancipi* se transmitía a través de medios solemnes, que eran la *mancipatio* y la *in iure cessio*, y de las cosas *nec mancipi* mediante la *traditio* o traspaso posesorio. (...) La compraventa es una justa causa de la *traditio*, pero la transmisión de la propiedad es obra de la *traditio* y no de la compraventa (2009, p. 146).

En la compraventa romana existían dos obligaciones esenciales por parte del vendedor: una era la obligación de transferir la posesión y otra obligación de mantenerlo en la posesión (saneamiento por evicción) (Volterra, 1986, pp. 502-503). La transferencia de la propiedad se producía en otro momento, mientras tanto el vendedor tenía la obligación de mantener la pacífica posesión del comprador. La obligación de dar entendida como transferencia de la propiedad se producía en otro momento con los diversos modos de adquisición de la propiedad<sup>(1)</sup>.

La transmisión de la propiedad en el derecho romano se producía través de un acto solemne que era la *mancipatio*<sup>(2)</sup> y la *in iure cessio*<sup>(3)</sup> para las cosas *res mancipi*, generalmente predios o fundos en Italia; y la *traditio* o entrega que era generalmente para las cosas *res nec mancipi*, que eran bienes muebles o predios ubicados fuera de Italia<sup>(4)</sup>. Posteriormente, en el derecho justiniano, se eliminó la distinción entre cosas *mancipi* y *res nec mancipi*, y la transmisión de la propiedad se producía esencialmente a través de la *traditio* o entrega. Existían también formas de tradición ficta, como la *traditio brevi manu* por parte del inquilino que se convertía en propietario, o de la *constituto posesorio* cuando el bien se encontraba en poder de un tercero. Según la autora María del Pilar Pérez Álvarez, la figura de la tradición se fue espiritualizando cada vez más en el derecho justiniano con otras formas de tradición ficta, que, juntamente con la influencia de los derechos orientales, van abriendo el camino para la construcción de la teoría del traspaso de la propiedad por el solo consentimiento recogida en el Código Civil Francés de 1804 (2006, p. 15).

En cuanto a la compraventa de bien ajeno, tenemos que en el Derecho Romano no se encontraba prohibida, porque la compraventa no era el título que transmitía la propiedad, sino solamente generaba la obligación de entregar la posesión

de bien. Incluso, en el caso de los actos de transmisión de la propiedad (*mancipatio*, *in iure cessio* y *traditio*), podía pasar que un no propietario celebrara dicho acto. En ese sentido, en el Derecho Romano existía una forma de sanear esa propiedad, de consolidar esa posesión, a través de la figura de la usucapión, por la continua posesión de parte del comprador. El contrato de compraventa era considerado como un justo título para adquirir la propiedad por prescripción. Si el vendedor era propietario, el comprador adquiría la propiedad con las formas de adquisición de esta (*mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*); pero si el vendedor no era propietario, el comprador adquiría la propiedad por prescripción con el justo título que suponía su contrato de compraventa. La autora María del Pilar Pérez Álvarez explica de la siguiente manera la función de la compraventa en la consolidación de la propiedad:

Finalmente, si la propiedad no resulta transmitida, bien porque el vendedor no es propietario (adquisiciones a *non domino*) o bien porque no se realizó el acto pre establecido por el ordenamiento (defecto de forma), se considera que la venta es *iusta causa usucaptionis* y en un corto espacio de tiempo (1 o 2 años) se hará propietario de la cosa por usucapión (2006, p. 7).

En esa misma línea se pronuncia el profesor de Derecho Romano Eduardo Volterra, quien sostiene lo siguiente:

La garantía del vendedor cesaba en el momento en que el comprador llevaba a efecto la *usucapio*; pero no cesaba nunca si, en cambio, el comprador era peregrino y no podía realizar la *usucapio*. Naturalmente si las partes lo querían, y si estaban en condiciones jurídicas de hacerlo, podían siempre hacer la *mancipatio* o la *in iure cessio* de la cosa o, si ésta era *nec mancipi*, la *traditio*; el comprador adquiría así su propiedad, independientemente de que se realizará la usucapión (1986, p. 502).

- (1) El profesor Eduardo Alvarez-Corra sostenía también que en la época clásica la compraventa era un contrato que creaba la obligación de entregar la cosa, mientras que la mancipación se reducía a ser el modo de transferir la propiedad. Al respecto, véase Alvarez Correa, 1979, p. 291.
- (2) La *mancipatio* era una ceremonia formal, solemne y pública, que se realizaba en presencia de las partes, cinco testigos, y un libripens que con una balanza simulaba la transferencia de la propiedad con un pedazo de metal. Al respecto, véase Badenes Gasset, 1995, p. 13.
- (3) La *in iure cessio* era en la presencia del comprador, el vendedor, y el juez o pretor.
- (4) Según la autora María del Pilar Pérez Alvarez, la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran negocios de carácter abstracto; mientras que la *traditio* era de carácter causal (2006, p. 207).



De esta forma, tenemos que en el Derecho Romano la falta de derecho de propiedad no tenía que ver con la validez del título o del contrato de compraventa, sino que por el contrario se presuponía su validez para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva. El contrato de compraventa era considerado un justo título para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva. Obviamente, este justo título requería desde un inicio ciertos requisitos como que la posesión del bien no sea producto de robo o que exista buena fe por parte del comprador.

Ahora bien, en cuanto a la relación de la compraventa y la obligación de transferir la propiedad, se atribuye a Juliano el que distinga entre la *iusta causa traditionis* (la justa causa de la tradición) y la *traditio* o entrega (Pérez Alvarez, 2006, p. 224)<sup>(5)</sup>, en donde se diferencia el negocio jurídico que genera la obligación de transferir la propiedad y la transferencia de la propiedad que se produce con la entrega o tradición, en cumplimiento del contrato. En este campo, se va a producir una bifurcación de aquellas teorías causalistas que consideran una vinculación entre el título y el modo, de tal manera que la nulidad del primero afecta al segundo; y las teorías abstractas que separan el contrato de compraventa de la transferencia de la propiedad, de tal manera que la nulidad del primero no afecta el segundo. Dentro de las teorías causalistas se ubica la francesa del consenso, la que considera que el contrato y la transferencia de la propiedad se producen en un mismo momento.

### 3. La compraventa en el Derecho Francés

#### 3.1. Noción de compraventa

La espiritualización de la tradición hacia la simbólica o ficta y la incorporación de cláusulas de estilo por la que el vendedor declaraba despojarse de la posesión (*dessaisine-saissine*) (Pérez Alvarez, 2006, p. 25)<sup>(6)</sup>, motivó que el Código Civil Francés de 1804 recogiera la teoría del consentimiento. Es decir, el solo contrato transfiera la propiedad, sin necesidad de ningún otro acto. Los artículos 1138 y 1583 del Código Civil Francés fueron los que recogieron la teoría del consentimiento, que ha influenciado sobre todo el primero de ellos en el artículo 949 de nuestro Código Civil. El artículo 1138 establecía lo siguiente:

(5) Al respecto, también véase Ramírez y Suárez, pp. 2 y 3.

(6) En esta misma línea, el profesor Hugo Forno explica el contenido de la cláusula *dessaisine-saissine*, en virtud del cual el vendedor declaraba despojarse de la posesión y el comprador declaraba ingresar en ella, aunque en realidad no sucediera ello. Asimismo, la generalización del uso de esta cláusula abono para el camino para que el Código Civil Francés recogiera la teoría del consentimiento (1994, pp. 80-81).

(7) El artículo 1138 del Código Civil Francés ha sido modificado por la Ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016. No obstante, dicho artículo originario sirvió para fundamentar la teoría del consentimiento.

La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes. Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición todavía no se haya efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último<sup>(7)</sup>.

En ese mismo sentido, el artículo 1583 del Código Civil Francés reafirma el carácter consensual de la compraventa para la transmisión de la propiedad señalando lo siguiente:

Se perfeccionará entre las partes, y el comprador adquirirá de derecho de propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa todavía no haya sido entregada ni el precio pagado.

La teoría del consentimiento planteaba la discusión en Francia de si es que la transferencia de la propiedad era un efecto directo del contrato o si se mantenía que el contrato generaba la obligación y el cumplimiento de esta transfería la propiedad. Es decir, si se mantenía la teoría del título y modo, solo que se producían en un mismo momento (teoría de la unidad del contrato), o directamente el contrato transfería la propiedad. El artículo 711 del Código Civil Francés establece lo siguiente: "La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación intervivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones"; mientras que el citado artículo 1583 del Código Civil establece que la transferencia de la propiedad se produce con el contrato. Los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre sostienen que la mayoría de la doctrina representada por la Escuela Exegética se inclinaba por la teoría de la unidad del contrato (2000, p. 31). Mientras tanto, el profesor Fernández Cruz sostiene que resulta discutible considerar que en un mismo momento el contrato genere la obli-



gación de transferir la propiedad y a su vez se cumpla ella de manera simultánea, inclinándose porque el contrato produce como efecto directo la transferencia de la propiedad, aunque reconoce que la primera tesis resulta más acorde con nuestro Código de que el contrato solamente produce obligaciones (1994, p. 170).

La exigencia de que el vendedor transfiriera la propiedad del bien al momento de la celebración del contrato generaba la imposibilidad que el contrato pudiera producir sus efectos, más aún cuando el vendedor no era propietario del bien. Es así que el artículo 1599 del Código Civil Francés sancionaba con nulidad la compraventa de bien ajeno señalando lo siguiente: "La venta de cosa ajena será nula, y podrá dar lugar a indemnización por daños y perjuicios cuando el comprador ignorase que la cosa era de otro". Según el profesor Mario Castillo Freyre fueron razones de orden moral y del carácter consensual de la compraventa del artículo 1583 que motivaron que los legisladores hayan sancionado con nulidad la venta de bien ajeno (1992, p. 296). A pesar de que el artículo 1599 del Código Civil Francés había contemplado la sanción de nulidad, existieron hasta tres posiciones respecto a dicha norma según lo explica el profesor Castillo Freyre: i) una que sostenía la nulidad, defendida por Leligois y Daniel de Folleville; ii) otra que se inclinaba por la nulidad relativa, que era la defendida por la mayoría y más importante doctrina, tales como Guillouard, Laurent y Baudry Lacantinerie, que es también la posición por la cual se inclinaba la jurisprudencia según Badenes Gasset; iii) una tercera posición sostenida solo por Colmet de Santerre, que consideraba que el contrato era resoluble y no nulo (1992, pp. 296-297).

La posición de la nulidad absoluta del contrato resultó discutible en Francia porque la mayor parte de la doctrina había considerado que el único legitimado para invocarla era el comprador y, además, porque se permitía convalidarla cuando el vendedor adquiría la propiedad del bien ajeno<sup>(8)</sup>. Igualmente, la teoría de la nulidad se debilitaba con el concepto de la oponibilidad del registro, puesto que se consideraba que el derecho de propiedad no inscrito generaba una propiedad relativa que cedía frente a aquél que había inscrito primero su derecho en los registros públicos. Es decir, la oponibilidad del registro era una excepción a la teoría de la nulidad, porque prevalecía el derecho de aquel que lo había inscrito primero en los registros públicos.

### 3.2. La compraventa y el registro

El carácter consensual de la compraventa generó en Francia el problema de la doble venta, porque un mismo vendedor podía transferir el inmueble a varias personas. Frente a esta situación, se creó el registro inmobiliario para solucionar el conflicto de derechos entre diversos adquirentes, primero en el propio Código Civil Francés de 1804 complementado

por la Ley de Transcripciones de 1855 y luego por el Decreto Ley del de 1935 (Roca Sastre, 1979, p. 40). El Sistema Registral Francés se caracteriza por ser de carácter declarativo, por la inoponibilidad de lo no registrado (Roca Sastre, 1979, p. 40) y por basarse en un sistema de transcripción más que de inscripción. Es decir, para que el derecho resulte oponible, debe inscribirse en los registros públicos, caso contrario el contrato no podrá ser oponible, aunque haya sido suscrito con anterioridad.

Igualmente, un sistema de transcripción se caracteriza porque es la transcripción del título archivado más que una inscripción de un extracto del contrato. De allí que la publicidad se extienda hacia el todo el contrato más que a un extracto de la inscripción. El profesor Roca Sastre resume la característica de la oponibilidad de lo registrado, incluso cuando el adquirente con derecho inscrito haya tomado conocimiento de una anterior transferencia; la única excepción sería el concierto fraudulento entre el transferente y el adquirente:

Asimismo, subsiste el criterio del sistema de transcripción de que el adquirente favorecido por la publicidad registral puede rechazar un acto no registrado que pretenda afectarle, aunque haya tenido perfecto conocimiento de su existencia, pues la mala fe solo es tomada en consideración en el caso extremo de confabulación fraudulenta (*concert frauduleux*) entre el adquirente y el transferente (1979, p. 46).

La explicación que da para ello el profesor Roca Sastre es que entre el fraude y el conocimiento de la transferencia existe una diferencia sustancial, porque en el primero de ellos existe la intención de causar un daño que priva excepcionalmente los efectos de la oponibilidad (1979, p. 46).

El sistema francés se caracteriza entonces porque, aunque la doble venta resulta nula, en tanto el bien ya había sido transferido, no afecta a aquel que ha inscrito su derecho en los registros públicos, ya que se encuentra protegido con el principio de oponibilidad registral. El artículo 2528 del Código Civil Francés, según Ordenanza de Creación No. 2006-346, sostiene lo siguiente:

(8) Al respecto, véase Fernández de Villavicencio, 1994, p. 47.



Los derechos registrados conforme al artículo 2521 son, si no han sido registrados, inoponibles frente a los terceros que, sobre el mismo inmueble, hayan adquirido, del mismo autor, derechos concurrentes sujetos a registro. Estos derechos también son inoponibles, si han sido registrados, cuando los derechos invocados por estos terceros hayan sido previamente registrados.

## 4. La compraventa en el Derecho Alemán

### 4.1. La noción de compraventa

La compraventa en el derecho alemán se caracteriza por la teoría del título y modo, aunque la relación entre ambos tiene un carácter abstracto. Los alemanes influenciados por la teoría de Carl Von Savigny habían recogido el principio de abstracción<sup>(9)</sup>, diferenciando entre el título (contrato de compraventa) que generaba la obligación de transferir la propiedad y el negocio de transferencia de la propiedad que se producía en otro momento, sea a través de un nuevo acuerdo o de la tradición, según el bien fuera inmueble o mueble. Entre ambos existía un principio de separación y de abstracción. Por el principio de separación, la transferencia de la propiedad se producía en un momento diferente al contrato de compraventa; y por el principio de abstracción la transferencia de la propiedad no estaba afectada por las vicisitudes o nulidad del contrato de compraventa. El profesor español Sirgado Diaz, siguiendo a Jauernig, sintetiza esta diferencia con el sistema causalista: "El principio de consenso o el de unidad como opuesto al principio de separación y el principio de la causalidad como el principio opuesto a la abstracción" (2014, p. 54).

En ambos casos en Alemania, sea en el contrato de compraventa y en el negocio de transferencia de la propiedad, nos estamos refiriendo a negocios de atribución, pero la diferencia es que la compraventa es un negocio causal y la transferencia de la propiedad es un negocio abstracto. El profesor alemán Werner Flume explica esta diferencia:

Tomemos como ejemplo la transmisión de la propiedad, que como se ha dicho ya, está regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico negocio jurídico abstracto. El contrato de compraventa es la causa de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. Aunque el contrato de compraventa sea ineficaz y con ello falte la causa de la transmisión de la propiedad, a pesar de ello, la transmisión de la propiedad es válida, precisamente porque según nuestro Ordenamiento Jurídico está regulada como negocio abstracto (1992, p. 197).

Es decir, el contrato de compraventa es la causa de la transferencia de la propiedad, pero esta como negocio jurídico diferente se encuentra abstraída de la causa.

La Sección 433 del Código Civil Alemán de 1900 define a la compraventa de la siguiente manera:

El contrato de compraventa obliga al vendedor de una cosa a entregarla al comprador y procurar la propiedad de la cosa. El vendedor debe entregar al comprador la cosa libre de defectos materiales y legales. El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio de compraventa acordado y aceptar el artículo comprado.

La transferencia de la propiedad se producirá en otro momento y variará según se trate de bien mueble o inmueble. En el caso de bien mueble, se requiere un acuerdo de traspasar el dominio y la entrega de la cosa según lo señala la sección 929. En el caso de inmueble, se requiere de un acuerdo abstracto de transferencia de la propiedad ante la autoridad competente y la inscripción correspondiente en los registros públicos. Este acuerdo abstracto se encuentra regulado en la sección 873 del referido Código que señala lo siguiente:

Para transferir la propiedad de bienes inmuebles, gravar bienes inmuebles con un derecho y transferir o gravar dicho derecho, el beneficiario y la otra parte deben estar de acuerdo sobre la ocurrencia del cambio legal y la entrada del cambio legal en el registro de la propiedad, a menos que la ley prescriba otra cosa.

En esa misma línea, la sección 925 de dicho Código precisa que ese acuerdo abstracto debe ser declarado ante la autoridad competente o ante notario para proceder a su inscripción, señalando lo siguiente:

El acuerdo del vendedor y el comprador (transferencia) requerido para la transferencia de la propiedad de conformidad con el artículo 873 debe declararse ante la autoridad competente si ambas partes están presentes al mismo tiempo. Todo notario es responsable de aceptar la enajenación, sin perjuicio de la competencia de otras oficinas.

El acuerdo abstracto (*Enigung*) de transferencia de la propiedad tiene carácter real a diferencia de la compraventa. Adicionalmente, se encuentra independizado de esta, porque la nulidad o invalidez del contrato de compraventa no afecta al acuerdo real abstracto ni a su inscripción en los registros públicos, como se ha señalado

(9) Limmer



anteriormente. En ese sentido, Roca Sastre afirma, citando a Hedemann:

Quiere decir que el encargado del Registro ante quien se presenta un caso para su inscripción no ha de comprobar más que la *declaración abstracta* de voluntad dirigida tan sólo a obtener una modificación jurídica en sí misma, mientras que deja fuera de su juicio cuando se refiere a la legalidad del negocio causal que ha servido de fundamento (1979, p. 54).

La inscripción de la adquisición de la propiedad inmueble en Alemania tiene entonces carácter constitutivo, debido a que la inscripción del acuerdo abstracto es obligatoria para transmitir la propiedad. Adicionalmente, está basada en un sistema de inscripción en el que se inscribe solamente es el acto de transferencia, más no se transcribe ningún título.

#### 4.2. La compraventa y el registro

La transferencia de la propiedad por el registro opera solamente en el caso de adquisiciones por negocio jurídico; es decir, por ejemplo, en la compraventa. Sin embargo, existen otras formas de adquisición de la propiedad fuera del registro, como sería la sucesión hereditaria, la usucapión según registro, el abandono de fincas, la adjudicación por subasta pública, la expropiación forzosa, entre otros (Roca Sastre, 1979, p. 53). En estos casos, la transferencia de la propiedad se produce extraregistradamente y puede presentarse el caso de que un no propietario con derecho inscrito transfiera a un tercero la propiedad del inmueble.

En ese sentido, en Alemania rigen los principios de legitimación y de buena fe pública registral. El primero presume el derecho de aquel que lo haya inscrito en los registros públicos, sin perjuicio de que pueda ser materia de rectificación registral por inexactitud del registro (Sección 891). Pero el segundo protege a aquel tercero que adquiere en virtud de la fe del registro, aunque después se cancele el derecho de su transferente por causas que no consten en el registro. La sección 892 recoge el principio de fe pública registral de la siguiente manera:

El contenido del registro de la propiedad se considerará correcto a favor de cualquiera que adquiera un derecho sobre bienes inmuebles o un derecho sobre tal derecho a través de una transacción legal, a menos que se haya presentado una objeción a la corrección o la incorrección sea conocida por el comprador (...).

Si bien en Alemania la inscripción es constitutiva y el acuerdo real abstracto es independiente de la compraventa, que disminuye los casos de la venta por parte de quien ya no es propietario, siempre se puede presentar la inexactitud del registro por las otras formas de adquisición del inmueble que no requieren de inscripción, para lo cual rige en todos sus alcances el principio de fe pública registral para sanear totalmente las inexactitudes del registro. Aunque en Alemania la fe pública registral no exige que la adquisición sea a título oneroso, ello se encuentra cubierto por el hecho de que el adquirente queda obligado personalmente a devolver lo adquirido, por aplicación

de las normas sobre enriquecimiento indebido (Roca Sastre, 1979, p. 57).

La adquisición de la propiedad en mérito del principio de buena fe pública registral, de alguien que extraregistralmente ya no era propietario del inmueble, constituye una forma de adquisición a *non domino* que no se encuentra afectada por la inexactitud del registro ni menos por las vicisitudes del contrato de compraventa. Este principio de buena fe pública registral va a verse perfeccionado y consolidado en la Ley Hipotecaria Española cuyo artículo 34 exige como requisito el carácter oneroso de la adquisición; similar también a lo que recoge nuestro artículo 2014 del Código Civil, como veremos más adelante.

En Alemania existe también el caso de venta de bien ajeno por parte de persona no autorizada o por aquel que resulta ser copropietario o futuro adquirente o heredero. En estos casos, la compraventa consistirá solamente en la obligación de procurar la transferencia de la propiedad del bien inmueble, pero no se producirá la transferencia de la propiedad porque requiere la autorización del propietario o que el transferente adquiera la propiedad. Se trata de un contrato de compraventa válido, pero que no resulta eficaz en cuanto a la transferencia de la propiedad. No obstante, resulta eficaz si es que el propietario la aprueba, o si es que el transferente adquiere la propiedad total o parcialmente, sea por herencia o por cualquier otro título. El artículo 185 del Código Civil Alemán señala lo siguiente:

La disposición hecha por una persona no autorizada sobre un objeto es efectiva si se hace con el consentimiento de la persona autorizada. La disposición surtirá efecto cuando el beneficiario la apruebe o cuando el enajenante adquiera la cosa o cuando sea heredera por el beneficiario y el beneficiario tenga responsabilidad ilimitada por las obligaciones de la herencia.

Nótese que, en este caso, estamos hablando de un contrato válido, pero que resulta ineficaz hasta que sea aprobado o se produzca la condición de la adquisición de la propiedad por el transferente. En otras palabras, la compraventa de un bien ajeno en Alemania no supone la nulidad o invalidez



del acto, pero resulta ineficaz. Para el caso de la adquisición a *non domino* por la buena fe pública registral por parte de alguien que no resulta propietario, tampoco estamos hablando de un contrato nulo o inválido, sino por el contrario que resulta plenamente eficaz porque produce el efecto de transferir la propiedad a favor del tercero.

## 5. La compraventa en el Derecho Italiano

### 5.1. Noción de compraventa

El artículo 1470 del Código Civil Italiano de 1942 define a la compraventa como “el contrato que tiene por objeto la transmisión de una cosa o de otro derecho, mediante la contraprestación de un precio”. En Italia, el contrato tiene efectos reales; es decir, inmediatamente transfiere la propiedad sin que sea necesario ningún otro acto. Ello resulta similar al artículo 1583 del Código Civil Francés, pero con la característica de que aquí nos encontramos frente a los efectos reales del contrato. Esto no quiere decir que en el contrato no surjan obligaciones como la de entregar el bien, pero esto ya será dentro del ámbito de la ejecución del contrato. A diferencia de ello, en los sistemas regidos por el título y modo el contrato crea la obligación de transferir, y esta se produce por otro acto como la inscripción o la tradición, por ejemplo. El artículo 1376 del Código Civil Italiano recoge la teoría de los efectos reales del contrato señalando lo siguiente:

En los contratos que tienen como objeto la transferencia de la propiedad de una cosa específica, la constitución o transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y adquieren debido al consentimiento de las partes legítimamente manifestadas.

El autor italiano Ruggero Luzzatto explica los efectos reales del contrato de compraventa de la siguiente manera:

En la definición que hemos dado, se dice que el vendedor transfiere o se obliga a transferir la propiedad de una cosa. Efectivamente, en un cierto grupo de casos, la transferencia tiene lugar *por el solo efecto del contrato*: no son necesarios otros hechos, ni ulteriores actividades del vendedor, ni acontecimientos a él extraños, para que la propiedad de la cosa pase al comprador; este traspaso tiene lugar por efecto de la conclusión del contrato, y por ello sucede inmediatamente (1953, p. 9).

Existe una serie de casos en los que el contrato no tiene por objeto inmediato la transferencia de la propiedad; por ejemplo, en el caso de ventas de bienes genéricos, ventas futuras, ventas con reserva de propiedad, o en el caso de compraventa de bien ajeno. Para que se configure la transferencia de la propiedad con el solo contrato es necesario que se trate de cosas ciertas y que el vendedor sea el propietario del bien. Pero la propiedad del bien no es un requisito de validez del contrato, sino más bien de su eficacia. Existen casos de contratos válidos que no producen efectos como aquellos sujetos a

condición referidos anteriormente. Así, como bien lo señala Ruggero Luzzatto, también existen otros casos de contratos en donde quien transfiere es un no propietario, porque anteriormente vendió el bien, pero que tiene como efecto hacer al comprador propietario, conjuntamente con otros requisitos como la transmisión de la posesión o la inscripción en los registros públicos (1953, p. 13). Son los casos contemplados en los artículos 1153 del Código Civil Italiano para bienes muebles y 2644 para bienes inmuebles. El artículo 1153 se refiere a la adquisición de bien mueble de alguien que no ya no era propietario, pero que ha entregado el bien; similar al artículo 948 de nuestro Código Civil. Asimismo, el artículo 2644 se refiere al caso de aquél que ha inscrito su derecho en los registros públicos, pero ha adquirido de alguien que no era propietario. Se trata de casos que consideraríamos como adquisiciones a *non domino*.

### 5.2. La compraventa de bien ajeno

Inicialmente, el artículo 1459 del Código Civil Italiano de 1865 sancionaba con nulidad la venta de bien ajeno, inspirada al parecer en el artículo 1599 del Código Civil Francés. Pero, con el Código Civil Italiano de 1942 cambió el tratamiento de la venta de bien ajeno. Ruggero Luzzatto explica la conveniencia de admitir la compraventa de bien ajeno de la siguiente manera:

Esto representa una mejora legislativa; en efecto, no sólo en el campo mercantil, sino también en el campo civil, puede acaecer que se venda una cosa, de la que todavía no se tiene la propiedad, con la inteligencia de adquirir después la propiedad para transmitirla al comprador; no puede decirse sin más que un contrato de este género merezca ser considerado inválido; puede darse el caso que el comprador sepa que la cosa no es del vendedor y confie en la actividad de ésta para conseguir la propiedad; finalmente, si el comprador, en el momento de la conclusión del contrato, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor, entonces, pero sólo (sic) entonces, el contrato está viciado, por lo que puede el comprador pedir la resolución (Luzzatto, 1953, p. 14).

La referencia a la existencia de un posible vicio es respecto de no haberse manifestado al comprador que el bien era ajeno, pero el Código Civil Italiano lo sanciona como



resolución y no como anulabilidad para efecto de permitir la subsanación por parte del vendedor. Pero propiamente no nos encontramos frente a un supuesto de nulidad.

Siguiendo a Ruggero Luzzato (1953, pp. 173-183 y 200-205), en el Código Civil Italiano se pueden presentar hasta cuatro supuestos de compraventa de bien ajeno:

- a) El vendedor ha vendido la cosa no como propia, sino como ajena, asumiendo la obligación de procurar al comprador la propiedad y la posesión. El artículo 1478 del Código Civil Italiano define la venta de la cosa de otro de la siguiente manera: "Si en el momento del contrato la cosa vendida no era propia o no era de la propiedad del vendedor, este está obligado a procurar la adquisición del comprador. El comprador se convierte en propietario cuando el vendedor compra la propiedad al dueño de la misma". En este caso, ambos saben que el bien es ajeno y el contrato no tendrá por efecto la transferencia de la propiedad. Esta es una norma similar a nuestro artículo 1537 del Código Civil. Existe sobre todo la promesa de la obligación del hecho de un tercero por el cual el vendedor se compromete a hacer todo lo necesario para que el propietario transfiera la propiedad al comprador. Pero si el vendedor no logra ello, está obligado a la indemnización al comprador, aun cuando haya actuado con la debida diligencia. El artículo 1381 del Código Civil Italiano establece la obligación de indemnizar a cargo del vendedor que no cumple con el hecho prometido. Se entiende la obligación indemnizatoria, porque si el comprador ha pagado una prestación, es lógico que se le compense si es que no logra adquirir la propiedad del bien. De lo contrario estaríamos frente a un contrato aleatorio.
- b) El vendedor no ha declarado que la cosa era ajena, pero el comprador no ignora este hecho al momento de la celebración del contrato. A diferencia del caso anterior, el vendedor no ha declarado que la cosa es ajena, pero el comprador igualmente lo sabe. Este caso se regiría por el caso anterior. Pero, si el vendedor adquiere la propiedad del bien por cualquier otra causa, automáticamente se transferirá la propiedad al comprador, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1478 del Código Civil Italiano.
- c) La venta de bien ajeno como propia, mientras que el comprador ignoraba que la cosa era de otro. Es el supuesto contemplado en el artículo 1479 del Código Civil Italiano que dice lo siguiente: "El comprador puede reclamar la resolución del contrato si, cuando ha concluido, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor y si entre tanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad". En este caso, el vendedor ha hecho nacer en el comprador la confianza en una adquisición inmediata de la propiedad, mientras que tal adquisición es imposible por la falta de propiedad del vendedor (Luzzatto, 1953, p. 182). A diferencia de otros Códigos, el Código Civil Italiano no ha sancionado con anulabilidad la venta de bien ajeno como propia, sino

como un supuesto de resolución. En este caso, el comprador puede pedir inmediatamente la resolución del contrato, pero si antes de ella el vendedor adquiere la propiedad del bien, se transmite inmediatamente al comprador y no cabe la resolución en aplicación del artículo 1478, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios. Nótese que para el Código Civil Italiano la venta de bien ajeno como propia no es un supuesto de nulidad, sino de resolución, lo cual permite explicar los casos de adquisición a *non domino* de los artículos 1153 y 2644.

- d) La venta de bien parcialmente ajeno. El artículo 1480 del Código Civil Italiano regula la venta de cosa parcialmente ajena señalando lo siguiente: "Si la cosa que el comprador tenía por propiedad del vendedor solo en parte era propiedad de otro, el comprador puede pedir la resolución y la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo anterior cuando deba considerarse, según las circunstancias, que no habría comprado la cosa sin la parte de la cual no se hizo dueño; en caso contrario, solo puede obtener una reducción del precio, además de la reparación del daño". En este caso, pueden presentarse dos situaciones: una que se venda como propia la totalidad del bien en donde el vendedor sea propietario de una parte material; y otra que se venda como propia la totalidad del bien en donde el vendedor sea copropietario de una cuota ideal. Si se vende como propia la totalidad de un bien en donde el vendedor es propietario de una parte material, el comprador adquirirá la propiedad de esa parte material y podrá pedir la reducción del precio por la parte no adquirida, siempre y cuando le interese adquirir parcialmente el bien, porque de lo contrario puede pedir la resolución de todo el contrato y la indemnización por daños y perjuicios. En caso se venda como propia la totalidad de un bien sujeto a copropiedad, se aplicará lo dispuesto anteriormente y el comprador adquirirá la cuota ideal del vendedor y respecto de la parte no adquirida puede pedir la reducción del precio, salvo que hubiera estado interesado en adquirir el todo



en cuyo caso procederá la resolución del contrato y la indemnización por daños y perjuicios.

Un tratamiento particular es el caso de la transferencia de bienes muebles e inmuebles sociales sin el consentimiento necesario del otro cónyuge. A diferencia de los artículos 1479 y 1480 del Código Civil Italiano que sancionan con resolución la venta de bien ajeno como propia, el artículo 184 de dicho Código sanciona con anulación la venta sin el consentimiento del otro cónyuge señalando lo siguiente: "Los actos realizados por un cónyuge sin el consentimiento necesario del otro cónyuge y no validados por el cónyuge son anulables si se refieren a bienes inmuebles o bienes muebles enumerados en el artículo 2683". La acción de anulación corresponderá al cónyuge afectado. Una situación distinta es el caso de los terceros afectados, por ejemplo, del verdadero propietario o de aquél que ha inscrito su derecho en los registros públicos, en cuyo caso no corresponderá la acción de resolución o de anulación porque no son parte en el contrato, sino surge el tema de la *oponibilidad* de derechos conforme señalaremos a continuación.

### 5.3. La compraventa y el registro

En el Derecho Italiano, al igual que el francés -a diferencia del alemán- suele presentarse con mayor frecuencia el problema de la doble venta o de la venta por parte de alguien que ya no es propietario, pues por el solo contrato se transfiere la propiedad. Si bien por el artículo 1376 del Código Civil Italiano el contrato de compraventa produce efectos reales y, por tanto, transfiere la propiedad, para que el adquirente pueda ser protegido de manera efectiva es necesario que inscriba su derecho en los registros públicos. Al igual que el francés, el derecho italiano recoge un sistema de transcripción de las inscripciones que, si bien no es obligatoria, resulta necesaria para proteger al adquirente. El artículo 2643 del Código Civil Italiano señala que son actos sujetos a transcripción, entre otros, el contrato que transfiere la propiedad de un bien inmueble. A su vez, el artículo 2644 del citado Código recoge el principio de *oponibilidad* de los derechos sobre inmuebles, protegiendo a aquél que ha inscrito primero su derecho en los registros públicos a pesar que su adquisición sea de fecha posterior, señalando lo siguiente:

Artículo 2644. Efectos de la Transcripción. Las escrituras públicas enunciadas en el artículo anterior no surten efecto respecto de terceros que, por cualquier razón, hayan adquirido derechos sobre bienes inmuebles en virtud de una escritura transcrita o registrada anterior a la transcripción de las mismas escrituras. Una vez realizada la transcripción, ninguna transcripción o registro de los derechos adquiridos puede tener efecto contra el que los ha transscrito, aunque la compra sea de fecha anterior.

Existe la discusión de si es que la transcripción del contrato en los registros públicos es lo que genera la eficacia *erga omnes*; porque, si así lo fuera, el solo contrato no tendría efectos reales plenos. Lo más relevante de ello es que si estamos frente a un principio de *oponibilidad* a ciegas, al igual que el derecho

francés, sin el requisito de la buena fe y la onerosidad, estaríamos restando fuerza al contrato de compraventa y privilegiando el registro.

Para salvar esta situación, Ruggero Luzzato nos refiere que el contrato no inscrito estaría sujeto a una especie de condición resolutoria. Al respecto el referido autor señala lo siguiente:

Consiste en que la adquisición de quien no ha transcrit su título, o lo ha transcrit posteriormente, se extingue, creemos que con efecto retroactivo, esto es, se resuelve, mientras toma vida la adquisición de quien ha transcrit primero, el cual, a su vez, ha llegado a ser propietario y podrá hacer valer *erga omnes* su derecho de propiedad (1953, pp. 121-122).

Estaríamos entonces con la transcripción en los registros públicos ante una forma de adquisición a *non domino*, el cual deja de lado el remedio de la nulidad. Sin embargo, a diferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española y de nuestro artículo 2014 del Código Civil, no se exigen los requisitos de la buena fe y de la onerosidad.

## 6. La compraventa en el Derecho Español

### 6.1. Noción de la compraventa

El Código Civil Español recoge la teoría del título y modo en materia de transferencia de la propiedad -aunque de un modo causal- a diferencia del Derecho Alemán y del Derecho Romano clásico que tenía un carácter casi abstracto (Roca Sastre, 1979, p. 219). El artículo 1445 de dicho Código define la compraventa de la siguiente manera: "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo presente".

El Código Civil Español no utiliza el término "obligación de transferir la propiedad", sino al igual que el Derecho Romano habla de obligación de entregar la cosa. No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia española están de acuerdo en que se trata de una obligación de transmitir la propiedad



(Badenes Gasset, 1995, p. 57 y p. 61). El contrato de compraventa sería el título para adquirir la propiedad, pero el modo estaría dado por la tradición o entrega, a pesar de que exista una forma de tradición ficta o simbólica cuando el contrato se celebra por escritura pública, lo que hace presumir la entrega del bien, sobre todo en el caso de inmuebles. El artículo 1462 de dicho Código señala lo siguiente:

Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujera lo contrario.

Decimos que se trata de un sistema de título y modo de carácter causal porque las vicisitudes del contrato afectan la transferencia de la propiedad, aunque esta situación se encuentra relativizada por la protección que otorga los registros públicos y por el principio de oponibilidad del artículo 1473. En el Derecho Español, se puede presentar el caso de venta de bien ajeno, el cual no sería inconveniente en el caso de bienes muebles, porque la transferencia de la propiedad se produce con la entrega. Sin embargo, en el caso de inmuebles, como la escritura pública presume la entrega del bien y la transferencia de la propiedad, puede presentarse el problema de que no se transmita la propiedad pue el bien se ha vendido anteriormente.

El artículo 1473 del Código Civil Español trata sobre el supuesto de doble venta, prefiriendo en el caso de bien mueble a quien se hizo entrega del bien en primer lugar. En el caso de inmuebles, será a quien primero inscribió su derecho en los registros públicos, siempre y cuando se haya actuado de buena fe. En caso no haya inscripción, se prefiere a quien se hizo entrega en primer lugar y, en su defecto, al título de fecha más antigua.

De acuerdo a la autora española Fernández de Villavicencio, el contrato de compraventa no podía ser nulo porque el contrato solamente genera la obligación de transferir la propiedad, por lo que no se requeriría que en ese momento el vendedor sea propietario (1994, pp. 248-249). En cuanto al momento de la transferencia de la propiedad, constituía un supuesto sobre todo de resolución por imposibilidad relativa, porque el vendedor no podía transferir la propiedad (1994, p. 373-374). La tesis de la nulidad no era la más idónea para resolver el tema de la falta de titularidad y podía afectar el tráfico jurídico, porque no permitía que el verdadero propietario ratificase la transferencia, y además permitía que el vendedor de mala fe se ampare en ella (Fernández de Villavicencio, 1994, p. 371). Adicionalmente, la teoría de nulidad no explicaba los supuestos del artículo 1473, según el cual se prefería a quien había inscrito en primer lugar su derecho en los registros públicos a pesar de haber adquirido con posterioridad.

## 6.2. La compraventa y el registro

En esa misma línea, registralmente en el derecho español la compraventa de bien ajeno no constituye un acto inválido o nulo,

sino más bien ineficaz, porque justamente la inscripción del derecho por parte del tercero registral lo convierte en propietario. El profesor Roca Sastre sostiene al respecto lo siguiente:

Los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no convalidarían dicho título caso de que el tercer adquirente reuniera las cuatro circunstancias que para su protección exige dicho art. 34; y no convalidarán dicho título, porque el negocio jurídico correspondiente era como tal plenamente válido y lo que faltaba a aquel referido transmitente era el derecho objeto del mismo y que por obra de tales preceptos llegó a adquirir efectivamente el tercer adquirente. (...) Una cosa es la validez del negocio traslativo y otra su eficacia por no faltar la titularidad del derecho transmitido de quien en dicho negocio aparece como transferente (1979, pp. 216-217).

Posteriormente, el citado autor sentencia lo siguiente:

La compraventa de cosa ajena es válida como negocio jurídico en nuestro Derecho, como es válida la tradición correspondiente, pero serán ineficaces para transmitir el dominio, y el comprador, en último extremo podrá adquirirlo por usucapión, si antes no lo reivindica el verdadero dueño (1979, p. 217).

Se trata de un supuesto de adquisición a *non domino* de alguien que aparecía como titular en los registros públicos, pero que no lo era en la realidad extraregistral. No podría ser considerado el título del adquirente como un acto nulo o inválido, porque de lo contrario no podría ser protegido por la fe del registro que sanea justamente la falta de propiedad. Lo propio sucede con las adquisiciones a *non domino* de bienes muebles por parte del poseedor que no resulta ser propietario, o el caso de la usucapión corta de aquel que cuenta con un justo título.

En España, la protección del tercero registral está regulada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que señala lo siguiente:

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.



Existe discusión en España de si es que la Ley Hipotecaria ha recogido solamente el sistema alemán de inscripción y de protección del tercero registral (Art. 34), o si también se ha recogido el sistema de transcripción francés de proteger al tercero que primero inscribe su derecho (*prior tempore potior in iure*) o el principio de *oponibilidad*, independientemente de que el tercero tenga las características de buena fe y a título oneroso (Art. 32). El profesor Roca Sastre resume la distinción entre el sistema de inscripción de origen alemán y el sistema de transcripción de origen francés:

Dado el simplismo en orden a la protección de terceros adquirentes, el sistema de transcripción no exige para esta protección del tercero, que a pesar de adquirir después y transcrita, o inscrito, antes, requisito alguno de buena fe, onerosidad, o de cualquier otro que no sea simplemente el de registrar su título y registrarla con anterioridad al que primero se otorgó en el tiempo (...). En una palabra, en el sistema de transcripción no hay principio alguno de legitimación registral, como tampoco propiamente principio de buena fe pública del Registro, sino mera protección de adquirentes ante el hecho escueto de títulos incompatibles, contradictorios u opuestos entre sí (1979, p. 334).

Por un lado, el profesor Nuñez Lagos es el defensor de la teoría dualista en el sentido que la Ley Hipotecaria Española contendría ambos sistemas. Por otro lado, el profesor Roca Sastre defiende la teoría monista en el sentido de que el artículo 32 debe ser concordado con el artículo 34 respecto del tercero registral.

Consideramos que la teoría monista es la que mejor explica la adquisición a *non domino* por el tercero registral, porque el sistema de transcripción y de *oponibilidad* solamente mira quién ha inscrito primero su derecho, aun cuando fuera a título gratuito o de mala fe. Por otro lado, el sistema de inscripción y de buena fe pública registral considera como excepcional la adquisición a *non domino* y en mérito a ello exige una serie de requisitos como, por ejemplo, el principio de legitimación, la buena fe y la onerosidad, entre los principales.

Según Roca Sastre (1979, pp. 618-627), el tercero registral para ser protegido en España como adquirente a *non domino* debe tener las siguientes características o requisitos:

- a) El tercero hipotecario es un tercer adquirente por negocio jurídico de alguien con un derecho real inmobiliario inscrito. Es decir, el transferente debe contar con derecho inscrito y el adquirente debe adquirirlo en virtud de un título derivativo, como una compraventa o una permuta. No tiene la calidad de tercero registral quien adquiere el derecho de manera originaria como el adquirente por ocupación, accesión, usucapión, expropiación o porque ha inmatriculado el inmueble. La protección se basa en el principio de legitimación, porque previamente existe un derecho inscrito y el tercero adquiere ese derecho en mérito de la fe del registro. No puede ser perjudicado por las inexactitudes del transferente con derecho inscrito.

b) El tercero hipotecario para ser protegido requiere además las circunstancias de haber adquirido de buena fe y a título oneroso y haber inscrito su derecho en los registros públicos. Ello es distinto a lo que sucede en los sistemas de transcripción como el Francés en donde solamente se exige la prioridad en la inscripción y excepcionalmente se sanciona la mala fe a través del acuerdo fraudulento.

c) El tercero hipotecario debe adquirir en función de un registro inexacto. Esta es la nota más saltante del tercero registral, porque se le protege de las inexactitudes del registro. Roca Sastre define de manera precisa esta inexactitud de la siguiente manera:

Por consiguiente, sólo (sic) puede hablarse propiamente de tercero hipotecario cuando, al tiempo de adquirir este tercero el derecho inscrito, sea inexacto el contenido registral de la hoja o registro particular de la finca correspondiente, ya afecte a la existencia, subsistencia o titularidad del derecho real inscrito objeto de la adquisición, o a su configuración, naturaleza o extensión, o a sus cargas, condiciones, limitaciones, etc., debido todo a cualquiera de las causas que puedan originar dicha inexactitud (1979, p. 620).

Son supuestos de inexactitud: i) cuando existe un título que ha sido inscrito con error en el asiento que no sea advertible, que no ha sido inscrito o que ha sido cancelado; ii) el título inscrito del transferente sea inexacto por nulidad, falsedad, o porque se ha rescindido, resuelto o revocado. Es el derecho del transferente que se ve afectado por nulidad, falsedad, etc., que no puede afectar al adquirente; quien si se verá afectado si su contrato es nulo o falso o se revoca, etc. Es preciso señalar que la falta de titularidad del transferente con derecho inscrito porque: i) ha dejado de serlo; ii) porque no es el propietario del bien; o, iii) no es de la totalidad del mismo, no constituye supuesto de nulidad o invalidez del contrato como hemos



señalado anteriormente, sino más bien de ineficacia. Ello porque es precisamente ella la que legitima la adquisición a *non domino*. El profesor Roca Sastre explica esta adquisición a *non domino* de la siguiente manera:

En el caso de la doble venta o enajenación no hay duda que el vendedor en la segunda venta es un *ex dominus* y que, en consecuencia, la subsistencia de la titularidad registral de este vendedor origina una inexactitud del registro, que no puede ir en detrimento del segundo comprador que reúne la condición de tercero hipotecario (1979, p. 562).

En consecuencia, en el Derecho Español, la compraventa de bien ajeno no podía ser entendida como un caso de nulidad, no solamente porque en el sistema de título y modo no es necesario tener la propiedad al momento de la celebración del contrato, sino también porque registralmente el principio de oponibilidad y el tercero registral constituyen formas de adquisición a *non domino* que no pueden ser explicadas por la nulidad.

## 7. La compraventa en el Derecho Peruano

### 7.1. La noción de compraventa

El artículo 1529 del Código Civil Peruano recoge la teoría del título y modo en materia de compraventa, similar al derecho romano y al derecho español. Dicho artículo menciona que el contrato de compraventa es el título que genera la obligación, pero que la transferencia de la propiedad se produce como consecuencia de la ejecución de la obligación, con el modo. El citado artículo 1529 establece lo siguiente: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero". Ello guarda concordancia en el caso de bienes muebles con el artículo 947 del Código Civil en el que la transferencia de la propiedad se produce con la entrega. No obstante, difiere con el artículo 949 en cuanto establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

El artículo 949 del Código Civil tiene como antecedente el artículo 1172 del Código Civil de 1936, con similar texto, pero ambos con fuente en el antiguo artículo 1138 del Código Civil Francés, que recogía la teoría consensualista de que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del bien inmueble. Ello guarda concordancia con la definición de la compraventa del artículo 1583 del citado Código.

Entonces, en materia de inmuebles, tenemos que por un lado el artículo 1529 del Código Civil de 1984 recoge la teoría del título y modo; y por otro lado el artículo 949 del mismo Código recoge la teoría consensualista del Derecho Francés

de que el solo contrato transfiere la propiedad. Esta divergencia ha tratado de ser superada por el profesor De la Puente y Lavalle, quien ha sostenido que en realidad no existe divergencia entre ambos artículos, porque se mantendría la teoría del título y modo en la transferencia de la propiedad inmueble, solo que en este caso el modo sería el propio artículo 949, por lo que se presentaría un supuesto de unidad del contrato por el cual en un mismo momento se celebra el contrato y se transfiere la propiedad (1999, pp. 26-27). En esa misma línea, los profesores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen, siguiendo a la Escuela Exegética Francesa, que existe perfecta armonía entre ambos artículos, porque el contrato genera la obligación de transferir la propiedad y esta se entiende cumplida por mandato de la ley (1999, pp. 155-156). Estas posiciones se explican, porque el artículo 1402 del Código Civil ha recogido la concepción de que el contrato solo produce efectos obligacionales, más no reales; similar a lo que establece el Código Civil Francés cuyo artículo 711 señala que la propiedad se adquiere, entre otros, por efecto de las obligaciones.

La otra corriente, seguida por el profesor Hugo Forno Flórez, sostiene que en realidad el contrato de compraventa en el Perú tiene efectos reales, similar al artículo 1376 del Código Civil Italiano, puesto que el solo contrato transfiere directamente la propiedad, sin perjuicio de las otras obligaciones generadas por el contrato como la de entregar el bien y pagar el precio (1993, p. 83). Una posición parecida es seguida por el profesor Gastón Fernández Cruz, quien siguiendo la teoría italiana considera que en realidad el contrato transfiere directa e inmediatamente la propiedad -es decir, tiene efectos reales- pero reconoce que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el contrato solamente tiene efectos obligacionales.

En nuestra opinión, en la práctica existe similitud entre la teoría del consensualismo francesa y la italiana de los efectos reales del contrato en el caso de propiedad inmueble, porque en los hechos el contrato es el que inmediatamente transfiere la propiedad. En la teoría clásica de la obligación, la ejecución de la prestación configuraba el pago, de tal



manera que, con la tradición, por ejemplo, se transfería la propiedad; aunque después se configuraron supuestos de tradición ficta. Sin embargo, resulta difícil considerar que el artículo 949 sea una forma de tradición ficta, ya que incluso en el artículo 1462 del Código Civil Español se exige el otorgamiento de la escritura pública para presumir la entrega del inmueble. En el Derecho Italiano, el contrato produce efectos reales y obligacionales, lo cual explica la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia, sea con la entrega o el otorgamiento de la formalidad. En nuestro Código Civil, existen casos de contratos que producen efectos reales, como, por ejemplo, el artículo 1000 que señala que el usufructo se constituye por contrato, aunque en realidad se trata de una convención, porque de acuerdo al artículo 1402 del Código Civil los contratos solamente producen efectos obligaciones. En tal virtud, consideramos que en la práctica no existe mayor diferencia entre la teoría del consensualismo francés recogida en el artículo 949 del Código Civil y la teoría italiana de los efectos reales del contrato. Sin embargo, debería hacerse la modificación correspondiente para reconocer estos efectos reales al contrato.

El que el solo contrato transfiera la propiedad inmueble presenta el problema de la compraventa de bien ajeno, porque si el vendedor no es propietario del bien al momento de la celebración del contrato, este no producirá efectos. El artículo 1539 del Código Civil de 1984 considera como una causal de rescisión del contrato, a solicitud del comprador, el desconocimiento de que el bien es ajeno. Sin embargo, no regula el supuesto del propietario o tercero afectado. La mayoría de la jurisprudencia consideró que en el caso del propietario o tercero afectado la acción correspondiente era la nulidad del acto jurídico.

## 7.2. La compraventa y las normas registrales

Nuestro Código Civil ha recogido la teoría de la *oponibilidad* en los artículos 2016 y 2022 del Código Civil. El primero se refiere a la prioridad a favor de quien inscribe su derecho primero en los registros públicos; y el segundo se refiere a que, para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad. La norma no exige ningún otro requisito para efecto de la *oponibilidad*, ni que haya buena fe ni título oneroso, solamente hace referencia a que se inscriba primero el derecho en los registros públicos.

Existe también al respecto el artículo 1135 del Código Civil en materia de concurrencia de acreedores, respecto de que se prefiere primero al acreedor de buena fe con derecho inscrito, o en su defecto a aquel cuyo título sea de fecha cierta más antigua. Aunque en la exposición de motivos del Código Civil se ha considerado que esta norma es una solución obligacional de a quien se entrega el inmueble, consideramos que dicha norma sí resulta útil para resolver los conflictos entre diversos

adquirentes, sobre todo cuando el bien no se encuentra inscrito, similar a lo establecido en el artículo 1473 del Código Civil Español; sin embargo, debería ser completada con el requisito de carácter oneroso para guardar concordancia con el artículo 2014 del Código Civil sobre el tercero registral. Cuando el bien inmueble se encuentra inscrito en los registros públicos, los conflictos sobre el derecho de propiedad deben resolverse según los libros de derechos reales y registros públicos.

Junto con la teoría de la *oponibilidad*, nuestro Código Civil ha recogido también los principios de legitimidad y sobre todo de buena fe pública registral, que tienen inspiración en el Derecho Alemán y sobre todo en el derecho español con la Ley Hipotecaria, los que difieren de la teoría de la *oponibilidad*. Ello sucede, porque no solamente se basan en la inscripción en los registros, sino que exigen también otros requisitos como la buena fe y la onerosidad. El artículo 2013 del Código Civil recoge el principio de legitimación, en virtud del cual se presume cierto lo inscrito en registros públicos y produce todos sus efectos. La legitimación, a diferencia de la transcripción, está dada, puesto que lo que se presume cierto es lo inscrito en el asiento por el registrador, más que el contenido propio de la escritura pública. De otro lado, el artículo 2014 de nuestro Código Civil recoge la figura del tercero registral, en virtud de la cual se protege al tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y títulos archivados que lo sustentan. El artículo 2014 de nuestro Código Civil está inspirado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española y fue modificado recientemente por la Ley 30/2013 que ha agregado que el conocimiento se extienda también al título archivado, lo cual más se parece a un sistema de transcripción que de inscripción registral que se basa en el mérito de lo registrado en el asiento registral.

El tercero registral exige una serie de requisitos, no solamente que actúe de buena fe y a título oneroso, sino también que adquiera por negocio jurídico de aquel que



aparezca en el registro con derecho para otorgarlo y que las causales de inexactitud no fluyan del registro. El típico caso de inexactitud es que el transferente con derecho inscrito ya no sea propietario, sea porque vendió el bien o porque por cualquier circunstancia ha dejado de ser propietario o porque no es el propietario del bien inmueble en su totalidad. Debe tenerse en cuenta que la falta de titularidad del transferente no es un requisito de validez del acto jurídico, porque justamente la figura del tercero registral es una forma de saneamiento por el registro, una forma de adquisición a *non domino* similar a lo que ocurre con la adquisición de bien mueble de aquél poseedor que se reputaba como propietario (Artículo 948 del Código Civil).

En el derecho peruano, existe coincidencia en que el tercero registral es una forma de adquisición a *non domino*. El doctor Gilberto Mendoza del Maestro sostiene al respecto lo siguiente:

Este es el primer supuesto que regula el artículo 2014 y que es base del artículo VIII del Título Preliminar bajo comentario, en el cual el tercero que adquiere confiando en la "legitimación" del titular registral es mantenido en la adquisición -a *non domino*- que realiza a pesar que luego se verifique alguna patología en la adquisición del otorgante (2015, p. 23).

Mientras tanto, el doctor Gunther González Barrón refiere lo siguiente:

El fundamento dogmático es simple: se trata de una modalidad de adquisición a *non domino*, prevista por el legislador en aras de la seguridad del tráfico. De esta forma, el tercero mantiene su adquisición, aun cuando el transmitente no sea el titular del derecho por efecto de la nulidad o extinción de su propio título (2012, p. 402).

En este sentido, no puede considerarse que el título del adquirente sea un contrato nulo o inválido, sino que se trata de un acto que originariamente resultaría ineficaz, pero por la fe del registro produce sus efectos de la transferencia de la propiedad. El adquirente tiene la calidad de tercero registral frente a la inexactitud de la inscripción del transferente, siempre -claro está- que actué de buena fe. La inscripción del otorgante puede resultar nula por diferentes circunstancias, sea porque el transferente no tenía el derecho, porque ya lo había transferido, porque lo había perdido, porque el bien pertenecía a varios propietarios o porque el bien era de carácter social. Sin embargo, esa inexactitud no afecta al adquirente que tiene la calidad de tercero respecto de ello, porque adquiere confiado en la fe del registro. Bajo esta perspectiva, consideramos que no resulta correcto considerar que el título del adquirente esté afectado con nulidad o invalidez por la inexactitud del derecho del transferente.

Una discusión que se presenta aparte es si el supuesto de falsedad del título del transferente puede proteger al tercero adquirente o que recién esa protección se extendería al sub-

adquirente. El ejemplo sería el siguiente: A inscribe un título falso y luego lo vende a B, quien inscribe su derecho; y luego a su vez B lo vende a C. En el Derecho Alemán, y en la interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española, se considera que la inexactitud del registro se extiende también al título falso del transferente. En nuestro país, existen dos posiciones en la jurisprudencia que fueron expresadas en el Pleno Jurisdiccional Nacional del año 2012 sobre si la fe registral se extiende en los casos de falsificación de títulos<sup>(10)</sup>. La primera ponencia consideró que el tercero sí estaba protegido, porque el artículo 2014 del Código Civil no hace ningún distinto, no importando la magnitud del vicio que afecte el título. Mientras tanto, la segunda ponencia consideró que la fe pública registral no protege a los terceros de buena fe cuando se trata de vicios radicales de nulidad, como es el caso de la falsificación de documentos. Al respecto, el doctor Gunther González Barrón coincide con esta segunda posición, fundándose en la defensa del derecho constitucional de propiedad (2014, p. 97). El doctor Gilberto Mendoza del Maestro coincide también con esta segunda ponencia, pero, citando a Lehmann, se funda en el argumento de que el tercero registral no puede ser protegido con la adquisición a *non domino*, dado que el titular aparente debe haber obtenido mediante un título la posición externa de propietario al igual como ocurriría con el supuesto del artículo 948 del Código Civil (2015, p. 34).

Coincidimos con la segunda posición, porque consideramos que para que el tercero registral resulte protegido debe haber adquirido su derecho por un título idóneo como sucede con el justo título en la prescripción corta (art. 950 del Código Civil). Un título falso no resultaría un justo título idóneo. Quizá podría mejorarse la regulación del tercero registral incorporando la figura de la usucapión en mérito de la inscripción registral para que al tercero registral se le presuma como poseedor y pueda sumar los plazos posesorios de los anteriores adquirentes, similar a lo que sucede con el

(10) Al respecto, véase Huerta Ayala, 2013, pp. 77-81



artículo 35 de la Ley Hipotecaria Española<sup>(11)</sup>, aunque ello también exige que el título de la transferencia sea idóneo.

En resumen, tanto en el sistema francés como en el italiano basados en la transcripción y el principio de *oponibilidad* de los registros públicos, así como en sistema alemán y en el Derecho Español sustentados en el principio de legitimación y en el de la buena fe pública registral, el tercero registral tiene la calidad de adquirente a *non domino* cuyo título no puede ser afectado por la figura de la nulidad o invalidez, porque justamente la inscripción con los requisitos que exige el registro sanea la falta de propiedad del transferente, aunque en el sistema francés e italiano se resuelve el problema a ciegas con el principio de *oponibilidad*. En consecuencia, las figuras de la oponibilidad y del tercero registral constituyen excepciones a la nulidad absoluta. Veamos ahora con dicho marco los diferentes casos de compraventa de bien ajeno en nuestro país.

### 7.3. Supuestos de compraventa sobre bien ajeno

#### 7.3.1. La compraventa de bien ajeno no como propia sino como ajena

El artículo 1409 del Código Civil establece que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar, entre otros, sobre bienes ajenos. Interpretando la citada norma el profesor De la Puente y Lavalle sostiene lo siguiente:

Entiendo, pese a que el artículo 1409 de nuestro Código Civil permite que la prestación materia de la obligación creada por el contrato verse sobre bienes ajenos, que el sentido que debe darse a esta disposición es que es lícita la contratación sobre bienes que no pertenecen al obligado a darlos en el momento de la celebración del contrato, siempre y cuando se asuma, como propia, la obligación de hacerlo (2007, p. 133).

Es decir, citando al mismo profesor de la Puente y Lavalle, la citada norma parte de la teoría del título y modo, en virtud de la cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad, pero dicha transferencia se produce en otro momento, dentro del cual el vendedor puede adquirir el bien y cumplir con su obligación de transferir la propiedad al comprador (2007, p. 130). No obstante, en el caso de bienes inmuebles, el artículo 949 del Código Civil señala que la sola obligación hace al acreedor propietario del bien, lo que genera que resulte imposible que en el momento de la celebración del contrato se pueda transferir la propiedad de un bien inmueble que resulta ajeno.

Cuando el comprador conoce que el bien es ajeno, no existirá ningún inconveniente, porque sabrá que el vendedor no está transfiriendo la propiedad del bien inmueble, sino que se está obligando a procurarle la transmisión de la propiedad para que adquiera la propiedad en otro momento. El artículo 1478 del Código Civil Italiano regula esta figura señalando

que, si en el momento del contrato la cosa vendida no era propia o no era de propiedad del vendedor, este está obligado a procurar la adquisición del comprador. Nuestro artículo 1537 del Código Civil regula una figura parecida cuando señala que “el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471, y 1472”, todo ello sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Al respecto, existe la discusión de si es que la transferencia de la propiedad la debe hacer el propio vendedor o si puede hacerle directamente el tercero que resulta ser propietario. El artículo 1537 del Código Civil parece inclinarse por esta segunda posibilidad, de que sea directamente el tercero propietario que transfiera la propiedad al comprador. No obstante, el artículo 1538 del citado Código admite la figura de la conversión legal en virtud de la cual, si el vendedor adquiere con posterioridad la propiedad del bien, queda obligado por ese mismo contrato a transferir la propiedad al comprador, sin que valga ningún pacto en contrario. Es decir, si el vendedor adquiere con posterioridad la propiedad de un bien inmueble, automáticamente por dicho contrato se transferirá la propiedad al comprador, en aplicación también del artículo 949 del Código Civil; supuesto diferente para el caso de bienes muebles, en los que es necesario que el vendedor entregue el bien para que se produzca la transferencia de la propiedad.

En consecuencia, respecto de la venta de bien ajeno no como propia sino como ajena, nuestro Código Civil ha contemplado ambas posibilidades: que sea el vendedor el que transfiera la propiedad cuando lo adquiera, o que directamente sea el tercero el que transfiera la propiedad al comprador. Lo importante en ambos casos es que el comprador conozca al momento de la celebración del contrato de compraventa que el bien es ajeno. Este conocimiento puede obedecer a que directamente el

(11) Artículo 35.- A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del título inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa.



vendedor ha informado al comprador que el bien es ajeno; o que el comprador sepa que el bien es ajeno por cualquier otra circunstancia. En la Casación No. 2283-2017-Tacna, se trata el caso de una persona que había adquirido un inmueble con reserva de propiedad de ENACE y que primero celebró un contrato de compraventa con A, pero que luego lo transfirió a B. La Corte Suprema consideró que el primer comprador conocía que el bien era ajeno, porque pertenecía a ENACE y que por tanto estamos en el supuesto del artículo 1537 del Código Civil, aunque en este caso no se analizó la figura de la conversión legal del artículo 1538 del mismo Código, sino que la segunda compradora había inscrito su derecho en los registros públicos.

En el caso de que el vendedor no cumpla con transferir la propiedad al comprador, se presenta un supuesto de incumplimiento de contrato materia de resolución, en donde el vendedor debería devolver el precio recibido más la indemnización por daños y perjuicios si habría actuado con dolo o culpa, sin perjuicio del pago por el comprador de una prestación equitativa por el uso del bien si ha estado en posesión del mismo.

### 7.3.2. La venta de bien ajeno como propia con ignorancia del comprador

La venta de bien ajeno con desconocimiento del comprador se encuentra regulada en el artículo 1479 del Código Civil Italiano, que señala que el comprador puede pedir la resolución del contrato si es que ignoraba que el bien no pertenecía al vendedor y que mientras tanto este no le ha hecho adquirir la propiedad. La norma no hace el distingo si es que el vendedor ha señalado que la cosa es propia o si es que simplemente no ha dicho nada al comprador. Nuestro Código Civil regula en el artículo 1539 la compraventa de venta de bien ajeno con ignorancia del comprador, señalando que: "La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda".

El profesor De la Puente y Lavalle hace el distingo entre la venta de bien ajeno: i) cuando el vendedor no informa al comprador que el bien es ajeno y el comprador asume el riesgo o si es que el vendedor es o no el propietario; y, ii) cuando el vendedor manifiesta que el bien es propio. En el primer caso, considera que nos encontramos propiamente en un verdadero caso de venta de bien ajeno y que procedería la acción rescisoria que contempla el citado artículo, para lo cual sería necesaria la existencia de un plazo suspensivo inicial a fin de que el vendedor adquiera la propiedad y lo transmita al vendedor. En cambio, en el segundo caso, no sería un supuesto de contrato de compraventa de bien ajeno, porque si el vendedor ha señalado que el bien es propio estaríamos -según el mismo autor- ante un supuesto de dolo que sería materia de anulación del acto jurídico. Al respecto, el citado

profesor señala lo siguiente:

El vendedor no debe informar al comprador que el bien es ajeno, pues en tal caso nos encontraríamos en la hipótesis prevista en el artículo 1537 del Código Civil. Tampoco debe indicarle que el bien es propio, pues estaría actuando con dolo, lo cual sería causal de anulación del contrato si es que el engaño hubiera sido tal que sin él el comprador no hubiera celebrado el contrato (artículo 210 del Código Civil) (1999, p. 82).

La acción rescisoria por el comprador se justificaría en la existencia de un riesgo o incertidumbre para él, manifestando al respecto el citado autor lo siguiente:

La razón por la cual la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la incertidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia desde dicho momento (1999, p. 84).

Consideraremos, entonces, que la venta de bien ajeno con ignorancia del comprador comprende ambas situaciones: sea que el vendedor no haya informado nada al comprador, o si es que ha presentado el bien como propio, aunque en este último caso podría configurarse también un supuesto de anulación del acto jurídico por dolo. Lo importante es que el comprador ignore que el bien no pertenece al vendedor. Resulta difícil que se pueda presentar un caso en el que el comprador no pregunte al vendedor si el bien es suyo, así que la mayoría de los casos que suelen presentarse es cuando el vendedor informa que el bien es propio, sea porque a sabiendas sepa que no le pertenece, o porque cree ser el propietario, pero que no lo sea por algún vicio o circunstancia. Estos son los casos típicos de compraventa de bien ajeno que se han presentado en nuestra jurisprudencia.

En el derecho comparado, existe diferente tratamiento al contrato de compraventa sobre bien ajeno. Por un lado, en Francia, se le consideraba como nulo según el artículo 1599 de su Código Civil. De otro lado, en Italia se le considera sujeto a resolución por parte del comprador afectado conforme a su artículo 1479. A su vez, en el Perú el artículo 1394 del Código Civil de 1936 establecía que la venta de cosa ajena era anulable a solicitud



del comprador que desconocía ello; y ahora el artículo 1539 del Código Civil vigente señala que la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador que desconocía que el bien es ajeno.

Debe señalarse que el diferente tratamiento en cuanto a los remedios se explica, en parte, desde el punto de vista de la parte afectada. La mayoría de los códigos citados regulan la compraventa de bien ajeno desde el punto de vista del comprador afectado, porque sea en el caso de la resolución, anulación o la rescisión son acciones que corresponden a él; mientras que las citadas normas no contemplan el supuesto del propietario afectado y de cuáles son las acciones que tendría a su alcance. En el caso del Derecho Francés y el Derecho Italiano, tratan de solucionar ello con la figura de la *oponibilidad* del derecho inscrito; en cambio, en el Derecho Alemán y en el Derecho Español, solucionan ello con la figura del tercero registral, como una forma de adquisición a *non domino*, porque como hemos visto, incluso en Alemania, existe el problema de la venta de bien por la persona que ha dejado de ser propietaria.

Nuestra jurisprudencia ha tratado de solucionar ello recurriendo a la figura de la nulidad del acto jurídico, estableciendo una distinción en los remedios: la acción rescisoria para el comprador afectado y la acción de nulidad para el propietario afectado (Casación 354-T-97 y Casación 870-2014). Para ello, han acudido a diferentes causales de nulidad, sea por imposibilidad jurídica del objeto, fin ilícito, nulidad por infracción de normas de orden público, entre otros. No obstante, la mayoría en el derecho comparado considera que la venta de bien ajeno como propio constituye un supuesto de anulación o de resolución de contrato para el comprador afectado (Italia); y desde el punto vista del propietario o tercero afectado consideran como un supuesto de ineffectuación (Alemania: Art. 185), o resuelven el caso según el principio de oponibilidad de derechos como en el caso de España (Art. 1473), o según las normas registrales como en Francia (Art. 2528) o Italia (Art. 2644). Solo en el caso de Francia, se recoge la sanción de nulidad en el artículo 1599; pero, como hemos visto, la mayoría de la doctrina ha considerado que se trata de una nulidad relativa, porque puede ser convalidada por el comprador cuando el vendedor adquiere la propiedad o cuando el propietario afectado ratifica el acto, no permitiendo que el vendedor accione la nulidad sin perjuicio de que sus normas registrales de oponibilidad de derechos constituyan en la práctica una excepción a la sanción de nulidad absoluta. A continuación, vamos a analizar cada una de las causales de nulidad del acto jurídico en el Perú a la luz de la doctrina y el derecho comparado y cuál debería ser el remedio a cargo del comprador y del propietario.

#### A) La causal de falta de manifestación de voluntad

Existe jurisprudencia que sostiene que la venta de bien ajeno sería nula por la causal de falta de manifestación de voluntad prevista en el artículo 219 inciso primero del Código Civil. En el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior Civil y Procesal Civil, realizado en Arequipa en octubre del año 2015, se tomó el acuerdo de que la transferencia de un bien social por uno de los cónyuges, sin la autorización del otro cónyuge, constituye un supuesto de falta de manifestación de voluntad. Aunque esta jurisprudencia está considerada para un caso disposición de un bien social, es un criterio asumido en algunos casos con carácter general para la venta de bien ajeno. Al respecto, la causal de falta de manifestación de voluntad está dada para los casos en que la manifestación expresada no es libre por la presencia de violencia física o psíquica sobre la persona o cuando el declarante se encuentra privado de discernimiento o en estado de inconciencia. También podría comprenderse el caso cuando se ha falsificado la manifestación de voluntad del declarante. Sin embargo, este supuesto no podría extenderse a cuando no ha intervenido el supuesto propietario afectado, porque la manifestación de voluntad es respecto de los que han participado en el acto. En el fondo, bajo el argumento de falta de manifestación de voluntad se esconde el concepto de falta de titularidad o de legitimidad de quien está interviniendo. Sin perjuicio de que como hemos señalado históricamente la falta de titularidad no está considerada como supuesto de invalidez del acto jurídico (adquisiciones a *non domino* o el caso de la prescripción corta conforme veremos más adelante), la doctrina autorizada coincide en que la falta de legitimidad no es un elemento de validez del contrato. En nuestro país, los profesores Rómulo Morales Hervías y Gastón Fernández Cruz sostienen esto último<sup>(12)</sup>. En Italia, el profesor Vicenzo Roppo sostiene al respecto lo siguiente:

(12) Al respecto, véase la audiencia del VIII Pleno Casatorio Civil. Asimismo, Morales Hervías, 2006, pp. 495-496.



Con respecto a las incapacidades jurídicas especiales, a veces se evoca la categoría del defecto de legitimación (autor del acto). Pero es preferible vincularla al principio según el cual el acto de disposición de las situaciones jurídicas ajenas no produce efecto hacia el titular de estas (en cuanto, precisamente, el autor del acto no está legitimado para disponer de la esfera jurídica de otros), y subrayar que el defecto de la legitimación no crea invalidez sino ineficacia (2009, p. 705).

#### B) La causal de imposibilidad física o jurídica del objeto

La causal de imposibilidad física o jurídica del objeto en el caso del contrato de compraventa se ha entendido cuando el bien es indeterminado o se encuentra fuera del comercio, según lo sostienen los profesores De la Puente y Lavalle (1999, pp. 41-43) y Badenes Gasset (1995, pp. 116-117). La imposibilidad jurídica del objeto no está referida a la venta de bien ajeno, porque en este caso no existe ninguna prohibición de comercialización del bien en tanto solo hay un tema de ineficacia respecto de la transferencia. Existe también el argumento de carácter procesal de que la venta de bien ajeno es un imposible jurídico, porque nadie puede vender un derecho que no tiene, pero justamente la falta de titularidad es el presupuesto para el caso de las adquisiciones a *non domino* y de la prescripción corta como saneantes del derecho de propiedad.

#### C) La causal de fin ilícito

Es frecuentemente utilizada por la jurisprudencia como el caso de la Casación 1017-97, sobre todo cuando se asocia al delito de estelionato previsto en el artículo 197, inciso 4 del Código Penal, de quien vende como propios bienes ajenos. El fin del acto jurídico está asociado a la teoría de la causa. Existen en general dos teorías sobre la causa: la teoría objetiva y la teoría subjetiva. El profesor Lizardo Taboada Córdova explica ambas teorías en sus concepciones más modernas (2016, pp. 325-328).

Para la teoría objetiva, la causa se identifica con los efectos del contrato. Es decir, en el caso del contrato de compraventa, por ejemplo, con la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien y del comprador de pagar su precio en dinero. El problema de esta teoría es que no permitiría considerar los efectos legales en los contratos atípicos y además no habría fin ilícito en la causa porque los efectos siempre son los previstos. En la teoría subjetiva la causa se identifica con los motivos determinantes considerados por las partes para celebrar el negocio. Desde esta perspectiva, podría considerarse que hay fin ilícito cuando la finalidad perseguida por las partes resulte ilícita o inmoral, por ejemplo, cuando se busca defraudar o perjudicar a un tercero. En el caso específico de la venta de bien ajeno como propio por parte del vendedor, existiría causa ilícita cuando exista concierto con el comprador para perjudicar al propietario, pero en otras situaciones no podría considerarse que exista fin ilícito. En este aspecto, coincide la autora española Fernández de Villavicencio cuando refiere lo siguiente: "Por último y en lo que se refiere a la ilicitud causal

como posible fundamento de la nulidad, cabe recordar que hemos admitido la posibilidad de atacar por este cauce la venta de cosa ajena cuando con el contrato se persigue un fraude o perjuicio a tercero" (1994, p. 370).

En el caso específico del delito de estelionato, consideramos que lo que configura el delito es el engaño o la defraudación, teniendo como sujeto pasivo del engaño el comprador, quien en todo caso estaría legitimado también para demandar la anulación o la rescisión del contrato. Sin embargo, ello *per se* no genera la nulidad del acto jurídico salvo que ambos hubieran estado en concierto como hemos señalado anteriormente.

#### D) La causal de contravención a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres

Es la causal virtual, aunque deberá distinguirse entre normas imperativas y normas que interesan el orden público. Las primeras se refieren a normas que no pueden ser dejadas sin efecto por las partes; y las segundas cuando se trata de normas fundamentales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico (Fernández Cruz, 2022, pp. 27-28). La causal de nulidad del acto jurídico es por contravención de normas que interesan el orden público, para lo cual se exige que sean normas fundantes de nuestro ordenamiento. En el caso de compraventa de bien ajeno consideramos que no se presenta tal supuesto, porque no existe un interés general afectado, salvo el caso del fraude al que nos hemos referido anteriormente. Adicionalmente, la falta de titularidad no es considerada como una causal de invalidez del contrato, sino por el contrario es presupuesto para sanear la propiedad en algunos casos.

En cuanto al remedio a cargo del propietario afectado, consideramos que respecto de él se trata de un supuesto de ineficacia del contrato, porque no produce como efecto la transmisión de propiedad. No nos encontramos frente a un supuesto de nulidad del contrato, porque es un contrato válido, pero ineficaz. Aunque resulta eficaz en el caso que se trate de adquisición a *non domino* de aquel tercero registral que adquiere por la fe del registro. Es por ello que



en la doctrina de Francia e Italia se suele utilizar el concepto de *inoponibilidad*, porque no se afecta la validez del contrato, sino su eficacia frente a determinadas personas, según en algunos casos se haya inscrito o no en los registros públicos. Al respecto, el profesor Federico de Castro y Bravo sostiene lo siguiente:

Se refieren al supuesto de que es un negocio perfectamente válido, celebrado conforme a lo dispuesto en la ley y no afectado por causa de rescisión, y por tanto normalmente de general eficacia, el que a pesar de ello, no puede alegarse ni oponerse (es decir como si no existiera) respecto de otra u otras personas determinadas. Los ejemplos que se citan, trasladados a nuestro Derecho, serían los de; ineficacia respecto de ciertas personas o derechos de los títulos o inscritos, la de no perjudicar la renovación o extinción del mandato, el contrato hecho sobre ciertos bienes ajenos y el celebrado en nombre de otro sin su autorización (1971, p. 531).

En el Perú, esta tesis es defendida por el profesor Rómulo Morales Hervias<sup>(13)</sup>.

En realidad, la *oponibilidad* es una figura que suele utilizarse para calificar el mejor derecho (inscripción) o la ineficacia de determinado acto frente a determinadas personas (acción pauliana: artículo 195 del Código Civil), que no ataca la validez del acto, sino su eficacia frente a determinadas personas. No está regulada dentro de nuestra legislación, salvo el caso de acción pauliana o como un efecto de la inscripción en los registros públicos o los efectos relativos del contrato, pero en el caso de venta de bien ajeno consideramos que el propietario o el tercero afectado podría accionar la declaración de ineficacia del acto jurídico. En el caso del propietario, estaría sustentado en los efectos de la acción reivindicatoria por el mejor derecho de propiedad, conforme al artículo 927 del Código Civil, salvo que el bien se convierta en irrevindicable, porque el tercero registral ha adquirido conforme al artículo 2014 del Código Civil como una adquisición a *non domino*. Igualmente, se podría recurrir al propio artículo 1135 del Código Civil sobre el concurso de los acreedores para sostener la preferencia en su adquisición o titularidad. La declaración de ineficacia debería ser regulada en una posterior modificación del Código Civil, porque hay muchas figuras que no están contempladas bajo el ámbito de la nulidad. En todo caso, es la propia jurisprudencia la que podría extender los alcances de la ineficacia del artículo 161 del Código Civil, respecto del falso procurador, cuyos alcances podrían ser extendidos para la declaración de ineficacia cuando se trate de una acción por parte de un tercero afectado en el caso de venta de bien ajeno. En todo caso, debería aplicarse el principio de *iura novit curia* cuando se demande la nulidad del acto jurídico y encausarlo como una ineficacia de acto jurídico, porque en el fondo es el mismo fundamento. La declaración de ineficacia permitiría armonizar con nuestro ordenamiento jurídico y sobre todo permitirá que el propietario

afectado pueda ratificar dicho acto. En todo caso, la jurisprudencia podría también como en Francia relativizar los efectos de la nulidad absoluta considerando que dicha figura no excluye la convalidación por el comprador afectado cuando el vendedor adquiera la propiedad; o que, finalmente, el propietario afectado ratifique el acto. En el caso del comprador afectado, ya tiene a su alcance la acción rescisoria o en todo caso la acción de anulación si considera que se ha producido dolo o engaño (artículo 210 del Código Civil). Incluso, el propio artículo 1539 del Código Civil permite sanear la compraventa de bien ajeno cuando el vendedor adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda.

### 7.3.3. La venta de bien parcialmente ajeno

La venta de bien parcialmente ajeno puede presentarse hasta en tres situaciones. La primera es que una persona sea propietaria de un inmueble con una determinada extensión y venda un área mayor. La segunda es un copropietario que vende la totalidad de un inmueble cuando solamente es titular de una cuota ideal. La tercera es un copropietario de un bien que vende una parte material de un inmueble indiviso. En el primer caso, el contrato será eficaz respecto del área de propiedad del vendedor e ineficaz respecto del área mayor. El comprador podrá solicitar la rescisión del contrato o en todo caso pedir la reducción del precio, conforme lo señala el artículo 1540 del Código Civil. En el segundo caso, consideramos que el contrato resultará eficaz respecto de la cuota ideal del vendedor e ineficaz respecto de las cuotas de los copropietarios. El comprador podrá demandar la rescisión del contrato o en todo caso pedir la reducción del precio, conforme al mismo artículo 1540 del Código Civil. En el tercer caso, el artículo 978 del Código Civil sujetará la eficacia del acto a que la parte material le sea adjudicada al copropietario vendedor, aunque la citada norma utiliza el término validez. Es decir, el acto será válido, pero su eficacia estará sujeta a que al copropietario se le adjudique la parte material objeto de la transferencia. El comprador podrá optar por

(13) Al respecto, véase la Audiencia del VIII Pleno Casatorio Civil.



considerar adquirida solamente la cuota ideal del vendedor, o pedir la rescisión del contrato o en todo caso la reducción del precio; conforme al artículo 1540 del Código Civil.

En el caso del propietario o de los copropietarios afectados, estos podrán pedir la ineficacia del contrato respecto de la parte que les afecta, salvo el caso de la adquisición a *non domino* del artículo 2014 del Código Civil.

#### 7.3.4. La venta de un bien social por uno de los cónyuges

Este fue el caso discutido en el VIII Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República. Era un caso de Junín en el que la cónyuge vendió un bien social, haciendo consignar como su estado civil el de soltera. La hija en calidad de heredera demandó la nulidad del contrato. El inmueble no se encontraba inscrito en los registros públicos. La Corte Suprema en mayoría casó la sentencia y declaró fundada la demanda considerando que existía infracción del artículo 315 del Código Civil, que señala para disponer bienes sociales o gravarlos se requiere la intervención del marido y la mujer. La mayoría consideró que el artículo 315 del Código Civil constituye una norma imperativa de orden público que protege el interés familiar y el principio de igualdad entre los cónyuges (2019, p. 39).

En principio, como hemos señalado anteriormente, es preciso distinguir entre norma imperativa y norma de orden público, porque la causal de nulidad de acto jurídico, prevista en el artículo 219, inciso 8, del Código Civil, concordante con el artículo V del Título Preliminar del mismo Código, está referida a esta última. No se explica cómo sería de orden público el artículo 315 del Código Civil y no lo sería los otros casos de compraventa de bien ajeno. Consideramos que la venta de bien ajeno, incluso de la sociedad conyugal, no configura un supuesto de nulidad o invalidez del acto, sino que resulta ineficaz con respecto al propietario afectado, porque justamente la validez del título es uno de los presupuestos para la adquisición a *non domino* del artículo 2014 del Código Civil.

En otras legislaciones, la compraventa de un bien perteneciente a la sociedad conyugal por uno de los cónyuges está considerada como un supuesto de anulación del acto jurídico, según el artículo 184 del Código Civil Italiano y el artículo 1322 del Código Civil Español. En nuestro país, no existe una norma expresa que sancione con nulidad o anulabilidad la venta de un bien social por uno de los cónyuges. Consideramos que el artículo 315 del Código Civil es una norma imperativa, pero no de orden público, porque no puede darse un diferente tratamiento a los otros casos de compraventa de bien ajeno. Sin perjuicio de ello, existe la figura del tercero registral del artículo 2014 del Código Civil, conforme lo señala el propio voto en mayoría de la Corte Suprema (2019, pp. 40-41), el cual indica que no puede ser afectado por la inexactitud del registro cuando adquiere de buena fe y a título oneroso. Ello reafirma que la nulidad es de la inscripción del transferente, mas

no respecto del derecho del adquirente que puede resultar eficaz y producir la adquisición de la propiedad por aplicación de la citada norma.

### 8. Las adquisiciones a *non domino* en el Código Civil y la usucapión

En nuestro Código Civil existe una serie de supuestos que configuran adquisición a *non domino*, aparte de la figura del tercero registral del artículo 2014 del Código Civil. Son los casos de adquisición a *non domino* de bienes muebles del artículo 948 del Código Civil y de adquisición a *non domino* en tiendas o locales públicos del artículo 1542 del mismo Código. El artículo 948 del Código Civil establece que:

Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el domino, aunque el enajenante de la posesión, carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

La norma exige que el transferente lo haga por un título idóneo que sea suficiente para transmitir la propiedad y que adicionalmente el adquirente actúe de buena fe en la creencia que el poseedor es el propietario. Adicionalmente, debe producirse la tradición del bien. La crítica de la norma es que solamente exige la buena fe, pero no el requisito de onerosidad, lo que sí está contemplado en el caso del artículo 2014 del Código Civil. En el caso del artículo 1542 del Código Civil, la norma protege al comprador que adquiere bienes muebles en tiendas o locales abiertos al público si son amparados con facturas o pólizas del vendedor, aunque este no sea el propietario.

De otra parte, en nuestro Código Civil existe la figura de la prescripción o usucapión corta que se basa en el justo título, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 950. En la doctrina se ha considerado que justo título es un título válido e idóneo para transmitir la propiedad, aunque realmente no lo transfiera. Es decir, se trata de un contrato válido, pero que resulta ineficaz. No obstante, es un presupuesto para que el poseedor adquiera la propiedad por prescripción corta,



como una forma de sanear la propiedad o de consolidar ella. Al respecto el profesor Valencia Zea sostiene lo siguiente:

En materia de posesión, la noción de justo título tiene sus orígenes en la justa causa que los romanos exigían para adquirir por prescripción ordinaria. La justa causa de los romanos se transforma en la de *juste titre* del artículo 2265 del Código de Napoleón, que se exige para la prescripción abreviada de diez años. El *juste titre* indica el modo adquisitivo de propiedad, que realmente se hubiera adquirido si el enajenante hubiera sido el propietario (1990, p. 310).

A continuación, añade: "El Código Civil, en armonía con la legislación francesa y la española, exige, además que el justo exista realmente y sea válido" (1990, p. 308). El autor Alvarez Caperochichi coincide también con esa fundamentación afirmando lo siguiente:

Históricamente la usucapión vino a suplir dos vicios fundamentales: la falta de titularidad del tradens y los defectos formales en la transmisión, y también seguramente los defectos de capacidad del transmitente (D.41.3.34). Hoy en día el defecto fundamental que viene a suplir la usucapión es la falta de titulación del transmitente (SSTS 28 de diciembre de 2001, 20 de marzo del 2003), o el defecto de la titularidad del transmitente en la venta de cosa ajena (SSTS 22 de julio de 1997, 23 de junio de 1998), y también los defectos de la capacidad del transmitente (SSTS del 6 de junio de 1969, 5 de marzo de 1991) (2015, p. 174).

En consecuencia, no solamente en las adquisiciones a *non domino*, sino también en la prescripción corta, la falta de titularidad del transferente no configura un supuesto de nulidad o invalidez del contrato o título, sino justamente es uno de los presupuestos para que se adquiera la propiedad a *non domino* o por prescripción corta.

## 9. Conclusiones

A lo largo del estudio del presente trabajo se han llegado a las siguientes conclusiones:

- Desde el Derecho Romano, la falta de titularidad o propiedad no era considerada como un supuesto de nulidad o invalidez del contrato o título, sino de la concurrencia de un justo título que era un presupuesto para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva. La prescripción corta presupone la concurrencia de un contrato válido pero ineficaz (Art. 950 del Código Civil).
- En el Derecho Francés e Italiano se recogió la teoría consensualista y de los efectos reales del contrato, en virtud de las cuales el solo contrato transfiere la propiedad. No obstante, generaba el problema de la doble venta, que fue enfrentada desde el punto de vista del comprador con la nulidad en Francia o la resolución en Italia. Sin embargo, desde el punto de vista de los terceros o el propietario afectado, fue resuelta a través del principio de *oponibilidad* de aquel que inscribe su derecho primero

en los registros públicos. En el caso del Derecho Alemán y del Derecho Español, se introdujo la figura del tercero registral que, a diferencia del Sistema Francés y del Italiano, exige la concurrencia de los requisitos de la buena fe y la adquisición a título oneroso.

- El principio de *oponibilidad* del Derecho Francés e Italiano y la figura del tercero registral en España y Alemania constituyen formas de adquisición a *non domino*. En el caso de Francia, constituye una excepción a la nulidad del contrato y en el caso de Italia, Alemania y España presuponen la existencia de un contrato válido y eficaz, porque se transmite la propiedad a pesar que el transferente ya no es propietario.
- La figura de la nulidad de la venta de bien ajeno en Francia (Art. 1599) ha sido relativizada por la jurisprudencia que lo ha considerado casi como una nulidad relativa, porque permite al comprador convalidar el contrato y al propietario afectado ratificar el acto, además que prohíbe al vendedor solicitar la nulidad. En general, en el derecho comparado, se ha considerado que la compraventa de bien ajeno es un supuesto que no afecta el interés público, por lo que la sanción es la anulación o la resolución del contrato o la figura de la *oponibilidad* para resolver el conflicto frente al propietario o al tercero afectado. Solo en el caso de concierto fraudulento o cuando la venta se ha efectuado para perjudicar al propietario se considera que constituye un supuesto de nulidad por fin ilícito, porque el acto sería inmoral, conforme lo ha recogido la jurisprudencia española en la interpretación del artículo 1275 del Código Civil Español.
- Nuestro Código Civil ha regulado la compraventa de bien ajeno desde el punto de vista del comprador afectado con la acción de rescisión o de anulación. Sin embargo, para solucionar el problema de los terceros o del propietario afectado, la jurisprudencia ha recurrido a la figura de la nulidad, lo que no resulta ser adecuado, porque, salvo el caso del concierto fraudulento, no se afecta el interés público y, además, porque la venta de bien ajeno constituye un



supuesto de ineficacia del acto que desde el punto de vista del tercero registral resulta eficaz por aplicación del artículo 2014 del Código Civil y por lo dispuesto en el artículo 1135 del mismo Código en caso de conflicto entre diversos adquirentes. Adicionalmente, la figura de la nulidad no permite al comprador convalidar el contrato o al propietario afectado ratificar el acto.

- El principio de *oponibilidad* del Derecho Francés e Italiano y el principio de buena fe pública registral del Derecho alemán y Español deben ser armonizados en nuestro Código Civil, puesto que la preferencia registral no puede ser aplicada a ciegas, sino que requiere la concurrencia de la buena fe y la adquisición a título oneroso.
- La compraventa de bien ajeno no configura ninguna de las causales de nulidad del acto jurídico contempladas en el artículo 219 del Código Civil. En todo caso, el tercero o el propietario afectado tendría derecho a solicitar la declaración de ineficacia del acto amparado en el artículo 927 del Código Civil o en lo previsto en el artículo 161 del mismo Código. En el caso del tercero registral, no podrá reivindicarse por aplicación del artículo 2014. La única situación que podría configurar un supuesto de nulidad sería el caso de concierto fraudulento bajo la causal de fin ilícito.
- En el caso de falsedad del título del transferente, consideramos que el tercero no resultaría protegido, porque no existiría una justa causa o causa idónea. En todo caso, la figura del tercero registral debería ser reforzada estableciendo la presunción de que pueda sumar los plazos posesorios de sus transferentes similar al artículo 35 de la Ley Hipotecaria Española.

## Referencias Bibliográficas:

- Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos Reales*. Jurista Editores.
- Álvarez-Correa, E. (1979). *Curso de Derecho Romano*. Editorial Pluma.
- Badenes Gasset, R. (1995). *El Contrato de Compraventa* (Tomo I). Bosch Editor.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2000, febrero). Casación No. 1376-99-Huánuco.
- Castillo, M. (1992). *El Bien materia del Contrato de Compraventa*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Castro, F. (1971). *El Negocio Jurídico* (Tomo X). Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- De la Puente y Lavalle, M. (1999). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Gaceta Jurídica Editores.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General* (Tomo II). Palestra Editores.
- Díez Picazo, L. (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Thomson Reuters.
- Fernández Cruz, G. (1994). La Obligación de Enajenar y el Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble en el Perú. *Themis Revista de Derecho*, 30, 149-173.
- Fernández Cruz, G. (2022). *Limitación de Responsabilidad, Exoneración y Liberación del Deudor*. Ara Editores.
- Fernández de Villavicencio, M. del C. (1994). *La Compraventa de Cosa Ajena*. Bosch Editor.
- Flume, W. (1998). *El Negocio Jurídico*. Fundación Cultural del Notariado.
- Forno, H. (1993). El Contrato con Efectos Reales. *Revista Ius et Veritas*, 7, 77-87.
- González Barrón, G. (2012). *Derecho Registral y Notarial* (Tomo I). Jurista Editores.
- Gonzales Barrón, G. (2014). *Los Principios Registrales en el Conflicto Judicial*. Ediciones Legales.
- Huerta, O. (2013). *La Problemática de la Fe del Tercero Registral*. Gaceta Jurídica.
- Limmer, P. (2010). El Procedimiento Registral en Alemania. *Revista El Notario del Siglo XXI*, 31, s/p.
- Luzzatto, R. (1953). *La Compraventa. Segundo el Nuevo Código Civil Italiano*. Instituto Editorial Reus.
- Mendoza del Maestro, G. (2015). *La Fe Pública como Supuesto de Hecho Complejo: Adquisición A Non Dominio y Oponibilidad de la Inscripción*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la PUCP (CICAJ PUCP).
- Morales, R. (2006). *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Editora Jurídica Grijley.
- Osterling, F. y Castillo, M. (1999). La Transferencia de Propiedad en el Perú. *Ius Et Praxis*, 30, 149-168. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1999.n030.3612>
- Osterling, F. y Castillo, M. (2000). *Historia del Sistema Francés de Transmisión de la Propiedad Inmueble*. Osterling Abogados.
- Pérez Álvarez, M. del P. (2006). La Compraventa y la Transmisión de la Propiedad. Un Estudio Histórico Comparativo ante la Unificación del Derecho Privado Europeo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 14, 201-248.
- Roca Sastre, R. (1979). *Derecho Hipotecario* (Tomo I). Bosch Casa Editorial.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- Santiago, N. y Uribe, M. (2019). *Título y Modo: Definición, Evolución, y su Relación con las Fuentes de las Obligaciones*. Revista Estudiantil de Derecho Privado.



Sirgado, E. (2014). El Negocio Jurídico, la Abstracción y el Derecho Civil Alemán. *Revista crítica de derecho privado*, 11, 679-700.

Taboada, L. (2016). *El Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Editora Jurídica Grijley.

Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil* (Tomo II. Derecho Reales). Editorial Temis.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2019, 12 de marzo). VIII Pleno Casatorio Civil.

Volterra, E. (1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Editorial Civitas.



# Aciertos y defectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales en el Perú<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

*Strengths and defects of the legal protection of traditional knowledge (TK) in Peru*

Nicole Alexandra Sierra Roque<sup>(\*\*)</sup>

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** El Perú es un país diverso, y en el marco de esta diversidad se encuentran los conocimientos tradicionales (CT's). Los CT's son un producto intelectual y forman parte de la identidad (cultura y valores) y el desarrollo sostenible de las comunidades indígenas. En base a ellos es que se han podido generar avances en distintas ciencias, como la medicina y otras tecnologías. Sin embargo, existe un latente riesgo de apropiación ilícita de este tipo de conocimientos para bloquear a las comunidades de su acceso, cuando en realidad es inherente a ellas. En ese sentido, el presente trabajo académico se enfocará en estudiar la forma en la que se plantea la protección de CT's en nuestro país, analizando su efectividad y deficiencias. Asimismo, se propondrán nuevas medidas que se pueden tomar para complementar y mejorar el sistema.

**Palabras clave:** Conocimientos tradicionales - Comunidades indígenas - Propiedad intelectual - Régimen *sui generis* - Ley 27811 - Derecho y biodiversidad

**Abstract:** Peru is a diverse country, and traditional knowledge (TK) is found within this diversity. TK is an intellectual product and is part of the identity (culture and values) and the sustainable development of indigenous communities. Based on them, it is possible to generate advances in different sciences, such as medicine and other technologies. However, there is a latent risk of illicit appropriation of this type of knowledge in order to block communities' access to their own intellectual production (inherent to them). In that sense, the present academic work will focus on studying the way in which the protection of TK is proposed in Peru, analyzing its effectiveness and deficiencies. Likewise, new measures will be proposed for the purpose of complementing and improving the system.

**Keywords:** Traditional knowledge (TK) - Indigenous communities - Intellectual property - *Sui generis* regime - Law 27811 - Law and biodiversity

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 30 de agosto de 2022 y su publicación fue aprobado el 19 de noviembre de 2022.

(\*\*) Mana imapis t'aqawanachu, Coni.

(\*\*\*) Estudiante de onceavo ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Miembro extraordinario de IUS ET VERITAS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4594-514X>. Correo electrónico: a20171971@pucp.edu.pe.



## 1. Introducción

El Perú es un país multidiverso. Esto se puede observar no solo en la heterogeneidad geográfica o cultural que presenta, ya que actualmente contamos con cincuenta y cinco (55) pueblos indígenas y/u originarios, sino también en su variedad de recursos biológicos. Así, nuestro país cuenta con más de cuatro mil (4,000) plantas medicinales reconocidas, y más de ciento treinta (130) especies de cultivos nativos, siendo de suma importancia un régimen de protección del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, al promover un desarrollo sostenible y empoderar a estos grupos (Ruiz, Lapena y Clark, 2004, p. 17). En otras palabras, tomando en cuenta la riqueza y diversidad peruana, deben plantearse mecanismos de protección que respondan a las necesidades de las comunidades indígenas y locales respecto a su conocimiento tradicional.

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), los conocimientos tradicionales son aquellos que forman parte de la identidad de las comunidades indígenas, son parte vital para su bienestar y desarrollo sostenible, son inseparables de su forma de vida y de sus valores culturales, y son el resultado o la respuesta intelectual frente a las diferentes necesidades que presentan (2005, p. 3)<sup>(1)</sup>. Es justamente a partir de esta producción intelectual de las comunidades que se han desarrollado diversos avances tecnológicos, o incluso avances en el ámbito de la medicina, que llegan a alcanzar niveles industriales y/o comerciales.

Sin embargo, es latente un riesgo de apropiación ilícita de este tipo de conocimientos, que incluso ha llegado a situaciones en las que se han empleado figuras propias de la propiedad intelectual (como las marcas o patentes) para bloquear a las comunidades de su acceso, cuando en realidad forma parte de su modo de vida. Así, las comunidades constantemente tratan de evitar que sus conocimientos sean explotados, malversados y mercantilizados con fines de lucro por parte de personas no indígenas con intereses meramente comerciales, como el caso de la industria farmacéutica y el conocimiento tradicional sobre plantas medicinales (Solomon, 2004, p. 12).

En ese sentido, los Estados deben respetar y garantizar los derechos de las comunidades que generan esta producción de conocimiento. Para ello, se han desarrollado mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales, en miras a su uso sostenible y mantenimiento, pues también existe un riesgo de pérdida del conocimiento tradicional dado el contexto de globalización y mercantilización. Así, existen diferentes modelos de protección jurídica que pueden ser empleados para esta protección. Tomando en cuenta lo mencionado, la presente investigación se centrará en analizar la efectividad

de la protección jurídica planteada en nuestro país, así como también realizar las críticas correspondientes a sus deficiencias, y proponer nuevas medidas que se pueden tomar para complementar y mejorar el sistema.

## 2. Apuntes previos al desarrollo de la investigación

La premisa por la que el presente proyecto partirá será la siguiente: es conveniente que el Perú pueda contar con un régimen *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales (en adelante, “CT’s”) de las comunidades indígenas, *siempre y cuando este sea eficaz*. En ese sentido, se plantean las siguientes ideas que serán desarrolladas a lo largo de la investigación:

- a) En el Perú no contamos con un eficaz sistema de protección de los CT's de las comunidades indígenas.
- b) Para mejorar el sistema de protección, es necesario implementar de forma adecuada el régimen *sui generis* con el que contamos y complementarlo con nuevas herramientas que ayuden a cumplir con sus objetivos (para tornarse en eficaz).

En nuestro país, la Ley 27811, inspirada en un régimen *sui generis*, implica un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente relacionados a los recursos biológicos. Sin embargo, para brindar una adecuada protección no basta únicamente con el Derecho escrito y formal, es imperativo que los resultados se plasmen en la realidad material, lo cual no sucede en la actualidad. De igual manera, es necesario analizar los elementos de este régimen (que serán desarrollados en el punto 3.3.), así como tener claro los conceptos y lo que involucra cada uno de ellos para concluir si la Ley 27811 brinda o no una adecuada protección.

En esa línea, para una mayor comprensión, se presentan los siguientes conceptos fundamentales:

(1) Cabe señalar que el concepto de “conocimientos tradicionales” será abordado posteriormente en el apartado 3.



### A) Biodiversidad

La palabra “biodiversidad” proviene del griego “bios”, que significa vida; así como del latín “diversitas”, que significa variedad. Esto implica lo siguiente:

(...) todos los niveles de organización, desde los genes en una población local o especie, hasta las especies que componen toda o una parte de una comunidad local, y finalmente en las mismas comunidades que componen la parte viviente de los múltiples ecosistemas del mundo. (Núñez, González-Gaudiano y Barahona, 2003, p. 387).

Así, abarca diferentes tipos, formas y niveles de vida (humanos, fauna, flora, microorganismos, etc.) y comprende toda la variedad existente en nuestros ecosistemas, especies y genética.

### B) Recursos biológicos

Los recursos biológicos forman parte de la biodiversidad. Gracias a ellos, la humanidad tiene acceso a materias primas a partir de las cuales logra obtener productos de consumo masivo. Algunos ejemplos de ello son diversos cosméticos, productos de aplicación industrial, productos farmacéuticos, entre otros, lo que ha sido denominado “biocomercio” (Comunidad Andina de Naciones, s/f, p. 6). De esta manera, el capital natural de los recursos biológicos y su valor en el mercado han alcanzado un nivel en la que es necesario que estos recursos sean explotados de forma sostenible.

Por otro lado, respecto a cómo ha sido recogido el concepto de “recursos biológicos” en el ordenamiento peruano, a partir del Reglamento de acceso a los recursos genéticos y sus derivados, aprobado mediante Decreto Supremo 019-2021-MINAM del 24 de julio de 2021, la definición de recursos biológicos se establece en el literal y) del artículo 3, de la siguiente forma:

Recurso biológico: Individuos, organismos o partes de ellos, las poblaciones o cualquier otro tipo del componente biótico, así como los microorganismos (incluyendo virus y viroides), con valor o utilidad real o potencial que contiene a los recursos genéticos y/o sus derivados.

### C) Pueblos indígenas

Desde una perspectiva social, los pueblos indígenas son aquellos grupos sociales y culturales conectados por vínculos con el territorio o tierra en el que se asientan y desarrollan, así como con los recursos naturales, cultura e identidad, y conocimientos ancestrales. Según el Banco Mundial, alrededor del mundo existe un aproximado de 476 millones de pueblos indígenas, lo que representa un 6% de la población mundial<sup>(2)</sup>. En nuestro país existen 55 pueblos indígenas, de los cuales 51 se encuentran en la Amazonía y 4 en los Andes<sup>(3)</sup>.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación, es relevante precisar que el “concepto normativo” a tomar en cuenta se diferencia (pero no se aleja) de los aspectos sociológicos antes mencionados. Este se encuentra precisado en la Ley 27811, el cual define en el artículo 2.a de su Título II a los pueblos indígenas de la siguiente forma:

Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se auto reconocen como tales. En estos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación «indígenas» comprende y puede emplearse como sinónimo de «originarios», «tradicionales», «étnicos», «ancestrales», «nativos», u otros vocablos.

Asimismo, el artículo 1.b del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también define a los pueblos indígena. Dicho artículo señala que son:

(...) considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (...).

## 3. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de “conocimiento tradicional”?

Según la doctrina, lo más cercano a un concepto vinculante de “conocimientos tradicionales” se encuentra presente en la Convención de Diversidad Biológica (en adelante, “CDB”), que señala que estos conocimientos son “(...) pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica” (Zamudio, 2012, p. 265). Asimismo, el inciso artículo 2.b del Título II de la Ley 27811 plantea una definición, no de “conocimientos tradicionales”, pero sí de “conocimientos colectivos”, y señala que son:

(2) Al respecto, véase: <https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples#1>

(3) Al respecto, véase: <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>



Conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. El componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena incluye este tipo de conocimiento colectivo.

Sin perjuicio de lo señalado, es evidente que estas normas no llegan a expresar la complejidad y riqueza de los conocimientos tradicionales. En ese sentido, es necesario mencionar que en la actualidad no existe un consenso respecto de la definición de los mismos<sup>(4)</sup>. Por lo tanto, el propósito de este apartado será el de identificar los principales elementos presentes en los conocimientos tradicionales. En esa línea, a partir de una amplia revisión de definiciones y textos vinculados a los CT's, se pueden extraer los siguientes factores como principales elementos característicos de los CT's:

- a) Primer elemento: Dinamicidad y transmisión
- b) Segundo elemento: Producción intelectual
- c) Tercero elemento: Conjunto de información colectiva
- d) Cuarto elemento: Identidad vinculada a la colectividad

#### **a) Dinamicidad y transmisión**

“Traditionem”, palabra proveniente del latín, es lo que conocemos hoy como “tradición”, un término que implica la acción de transmitir o entregar. Y es que el conocimiento tradicional (en adelante, “CT”) debe entenderse desde una lógica dinámica; es decir, que este está en constante formación y transmisión. Así, como primer elemento para definirlos, los CT's son “un cuerpo vivo de conocimientos que se desarrolla, mantiene y transmite de generación en generación en una misma comunidad, y a menudo forma parte de su identidad cultural o espiritual” (OMPI, 2015, p.1).

#### **b) Factor de producción intelectual**

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), desde una mirada precisa de los conocimientos tradicionales, estos se refieren “(...) al conocimiento como tal, en particular el conocimiento que produce la actividad intelectual en un contexto tradicional, e incluye la experiencia, práctica y aptitudes así como las innovaciones” (s/f). En otras palabras, los CT's traen consigo no solo la transmisión de conocimiento, sino también la producción de nuevo conocimiento por parte de las comunidades a partir de procesos cognitivos, lo que implica innovación.

#### **c) Conjunto de información colectiva**

Los CT's abarcan un conjunto diverso de información. Así, engloban “aquellos saberes, innovaciones y prácticas colectivas que poseen los pueblos indígenas y que se encuentran asociados a la diversidad biológica” (Delgado, 2021)<sup>(5)</sup>. Por ello, el segundo elemento para definir los CT's es que implica un conjunto de información diversa, colectiva

y sabiduría ancestral, que se produce no de forma individual o personal, sino a partir de la conjunción de esfuerzos y procesos de una comunidad.

#### **d) Identidad vinculada a la colectividad**

La concepción de los CT's no necesariamente implica que estos se denominen de tal forma por cuestiones de la “antigüedad” del conocimiento. Por el contrario, se trata de un cuerpo vivo que se va innovando constantemente, generando nueva información valiosa para las comunidades que lo cultivan, y eventualmente, para el mundo. Sin embargo, esta innovación es posible en tanto se genera en el marco de una colectividad con lazos comunes, una colectividad con identidad.

En esa línea, los CT's son producto y también definen la identidad y desarrollo de las comunidades indígenas y locales. Reforzando ello, la idea de “comunidad” es esencial para hablar de los CT's, pues los derechos sobre estos conocimientos no tienen una visión individual, sino que se irradian bajo una perspectiva de colectividad.

A partir de cada uno de los elementos mencionados, el concepto más adecuado para CT's es el siguiente:

Transmitidos habitualmente de manera oral de generación en generación, los conocimientos tradicionales (CT) son aquellos saberes, innovaciones y prácticas colectivas que poseen los pueblos indígenas y que se encuentran asociados a la diversidad biológica. Dichos conocimientos pueden manifestarse de manera material, tal como un objeto o producto, una tecnología o un alimento; pero también pueden mostrarse de manera inmaterial: rituales, creencias, costumbres, ceremonias, entre otros (Delgado, 2021).

De este modo, se puede determinar que los conocimientos colectivos son la base para generar nuevas investigaciones y desarrollar nuevos proyectos. Esto debido a que se encuentran estrechamente relacionados a los recursos biológicos por sus usos alimenticios, medicinales, o incluso espirituales. A modo de ejemplo, algunos recursos considerados CT's son los siguientes:

(4) Al respecto, véase: <https://www.wipo.int/tk/es/tk/>

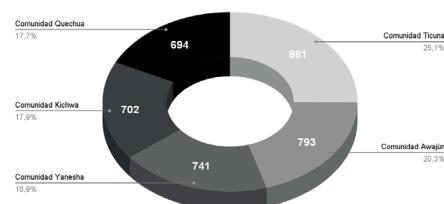
(5) Al respecto, véase: <https://www.actualidadambiental.pe/conocimientos-tradicionales-proteccion/>



Recurso	Uso tradicional	Referencia visual
Hercampuri - Gentianella alborosea (Gilg) Fabris	Los usos tradicionales de esta hierba se remontan al Imperio Incaico. Es empleada para tratar dolores estomacales, afecciones hepáticas, regulación de la presión sanguínea, etc.	
Camu camu - Myrciaria dubia	Los usos tradicionales de este fruto y de su corteza realizados por los pobladores del Norte de la Amazonía peruana implican el tratamiento de enfermedades como artritis, diabetes y las vinculadas al colesterol.	
Yacón - Smallanthus sonchifolius	Su uso se remonta al período del 500 a.C. al 700 d.C. - siendo representado por las culturas Nazca y Paracas en sus diferentes tejidos y cerámica, y posteriormente cultivado en los Andes - y está vinculado a la mejora del tránsito intestinal, infecciones estomacales. Asimismo, según el cronista Bernabé Cobo, esta raíz era empleada por los campesinos para calmar la sed, dados sus atributos hidratantes.	

Según el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “Indecopi”), en la actualidad existen 95 comunidades indígenas que cuentan con registros de CT’s, siendo que el total de registros asciende a 6,983 casos para octubre de 2022. Estos registros se distribuyen en las comunidades a lo largo del territorio nacional de la siguiente forma:

**Figura 1: Proporción de comunidades indígenas**



Fuente: Indecopi (2022)



### 3.1. Conocimientos tradicionales e identidad cultural

La identidad cultural es un concepto que no puede desligarse de las comunidades indígenas y locales. Así, en el ámbito internacional, se han generado instrumentos que buscan fomentar la protección de la identidad cultural, como son los casos del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado en diversa jurisprudencia que, en base al principio de no discriminación contemplado en el inciso 1 del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), debe reconocerse el derecho a la identidad cultural. Así, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, mencionó:

(...) el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas [énfasis agregado] protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos (2012, p. 213).

No cabe duda entonces que la identidad cultural es intrínseca a las comunidades indígenas. Pero, ¿qué implica este derecho? La identidad cultural “define a un grupo humano como un colectivo étnico-cultural diferenciado, con una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo” (OEA, 2021, p.53). A tal efecto, el derecho a la identidad cultural debe garantizar la protección de las particularidades que identifican y posibilitan el desarrollo y vida de las comunidades indígenas.

Entonces, no podemos entender a la “cultura” únicamente como un conjunto de bienes culturales, obras y/o expresiones artísticas de las comunidades, sino que el derecho también protege su modo de vida (Ruiz, 2007, p. 44). Es bajo esta comprensión que se deben proteger los CT's, como parte vital en el desarrollo y forma de vida de las comunidades. Ello es así, en tanto, “[c]ada componente de los conocimientos tradicionales puede ayudar a definir la propia identidad de la comunidad” (Lehtinen, 2021, p. 167).

Si bien “cultura” e identidad implican el folklore, los cantos populares o artesanías, existen otros componentes que también definen a las comunidades y son considerados CT's, como las técnicas de agricultura o incluso los métodos medicinales. Cada una de estas innovaciones en el conocimiento se han generado en base a valores y creencias específicas de cada comunidad, que las diferencia unas de otras.

Un ejemplo de cómo el conocimiento y la cultura están íntimamente relacionados lo tenemos en el caso de la medicina desarrollada por nuestros ancestros del Imperio Incaico. Ellos atribuían las enfermedades de la piel al viento, pues se creía que este portaba emanaciones de ciertos demonios. Para curarlas se realizaban ceremonias de expulsión de enfermedades, como la ceremonia del “*situa*” el primer día de la luna después del equinoccio, en el mes de septiembre. Además de ello, las heridas en la piel eran tratadas por los incas con el aceite de semillas que hoy es internacionalmente conocido como “Bálsamo del Perú” o *Myroxylon pereiræ* (Campos, 2005, p. 122). Actualmente, esta hierba se usa en medicinas para la piel y el cáncer<sup>(6)</sup>. Su uso (en conjunción con otros componentes) está protegido por derechos de patentes, y se comercializa bajo la marca “Dermulcera”<sup>(7)</sup>, que tiene como titular a una empresa extranjera.

Ahora bien, ciertamente las prácticas ancestrales descritas no son las mismas en otras culturas del mundo. Esto se debe a que cada una de ellas desarrolló su forma de vida en base a sus creencias y cosmología propias. Sin embargo, existe un problema detrás de los CT's:

El derecho a la identidad cultural de estos pueblos se vulnera [énfasis agregado] en tanto los conocimientos tradicionales son susceptibles a ser investigados, comercializados e industrializados sin reconocerse a los mismos como parte integrante de la esencia e identidad de los pueblos indígenas (Frisancho, 2018, p.75).

En ese sentido, si bien -como se ha mostrado en el ejemplo- los CT's pueden contribuir al desarrollo tecnológico y científico de la sociedad (lo cual es un factor positivo), debemos recordar que la identidad cultural está detrás de estos conocimientos. Por tanto, es indispensable que las comunidades tengan control sobre estos CT's, y sean protegidos de forma adecuada para que sus derechos no sean vulnerados.

(6) Al respecto, véase: <https://www.mskcc.org/es/cancer-care/patient-education/trypsin-balsam-peru-and-castor-oil>

(7) Marca de titularidad de *Canton Laboratories, LLC*, con registro N°5644340 bajo la clase 5 de Niza. Al respecto, véase: <https://www.tmdn.org/tmview/#/tmview/detail/US500000087432737>



### 3.2. La cosmovisión de las comunidades indígenas y la Propiedad Intelectual

Vandana Shiva sostiene que la ciencia abre paso a un reduccionismo que solo busca la explotación de recursos (negando la cosmología indígena, que en realidad es autónoma, libre y regenerativa) y donde la propiedad intelectual solo reconoce los derechos de hombres que trabajan en laboratorios, bajo una visión racista del desarrollo científico y una sesgada concepción de “progreso” (1993, pp. 154-161). En base a lo mencionado por Shiva podemos evidenciar que: (i) la propiedad intelectual y la cosmología de los pueblos indígenas y locales parten de bases diferentes; y, (ii) en la actualidad existe un problema de invisibilización o incluso negación de la concepción que estas comunidades tienen sobre la vida y su entorno. Por ello, es necesario señalar que no sería adecuado forzar a los CT's para que encajen en un sistema de propiedad intelectual que no se adecúa a las necesidades ni características de los mismos.

En esa línea, a continuación, se presentarán las diferencias entre las concepciones de la propiedad intelectual y la cosmología de las comunidades indígenas respecto a la propiedad. La propiedad intelectual presenta una principal incompatibilidad con la forma de vida de estas comunidades, y esta es su perspectiva individualista. La especialista en propiedad intelectual, Christine Lai señala que la propiedad intelectual parte de connotaciones comerciales y de mercantilización, con derechos inherentes a la propiedad (como la exclusividad, enajenación y explotación) que no se corresponden con los valores culturales de las comunidades (2014, p. 60). Así, la propiedad se entiende como un derecho real que permite excluir a terceros valiéndose del sistema legal, que ofrece remedios para protegerla. Asimismo, la propiedad permite realizar transacciones en base a su carácter patrimonial, pudiendo internalizar los efectos positivos del uso y explotación del bien (sea tangible o intangible, como el caso de la propiedad intelectual).

Estas características de la concepción occidental de “propiedad” son contrarias a la cosmología de las comunidades indígenas, pues estas se definen en la colectividad. La propiedad no es vista como un derecho real individual cuyos principales atributos son el libre uso y disposición. Ante esto, tampoco se contempla como estrictamente necesaria la capacidad de exclusión. Por el contrario, pensando en la colectividad, se busca que en las relaciones de quienes forman parte de la comunidad exista un equilibrio con lo que los rodea. Para ello se establecen deberes sociales de custodia, tutela y administración, muchas veces ligados a la asignación de valores sagrados y ancestrales sobre tangibles e intangibles, con miras a llegar a la armonía con la naturaleza, la tierra (lo que ella les brinda) y el cosmos (Millaleo, 2019). En ese sentido, no existe detrás una lógica comercial o de mera explotación y beneficios propios derivados de esta disposición de los

bienes, sino que se busca el desarrollo como comunidad, no siendo posible identificar autores individuales de los CT's.

Estas diferencias son importantes para poder analizar cuál sería un efectivo y adecuado método de protección de los CT's, así como identificar los problemas que surgen a partir de la actual forma de protección. En la actualidad, las comunidades en cuestión buscan que se les reconozca derechos de control sobre los CT's, sus expresiones culturales e incluso sobre sus recursos genéticos, sin negar su colectividad. En esa línea, en el siguiente apartado se analizará los diferentes esquemas y/o modelos de protección de CT's existentes.

## 4. Esquemas o modelos de protección del conocimiento tradicional

El Estado tiene como obligaciones el (i) respetar y (ii) garantizar los derechos de las comunidades sobre sus CT's. Respecto a la obligación de respetar, el Estado debe encargarse de que, tanto entidades privadas como públicas, se abstengan de realizar intervenciones contrarias a la protección de CT's. Por otro lado, sobre la obligación de garantizar los derechos, deben emplearse herramientas adecuadas que les permitan a las comunidades tener acceso a una protección efectiva de estos derechos, de la mano con una participación activa del Estado en esta labor. En ese sentido, desde la doctrina y la academia se han planteado distintos modelos de protección de CT's, con distintos alcances. Estos serán desarrollados a continuación.

### 4.1. Sobre las opciones de control jurídico, distribución de beneficio y mantenimiento de los conocimientos tradicionales

Para efectos del desarrollo de la presente investigación, los diferentes esquemas de protección se clasificarán de la siguiente forma:

- Instrumentos de control jurídico
- Instrumentos de distribución de beneficios
- Herramientas de mantenimiento de conocimientos tradicionales



#### d) Herramientas específicas (el régimen *sui generis*)

En primer lugar, los instrumentos de control jurídico, se encuentran orientados a monitorear el uso de los CT's. En este grupo de instrumentos, el modelo de protección más conocido jurídicamente es el sistema de derechos de propiedad intelectual. Como ha sido explicado previamente, esto parte de la concepción occidental de propiedad individual. Este modelo cuenta con un portafolio de derechos, dentro de los que se encuentran principalmente los derechos de patentes y los secretos industriales.

Con respecto a la propiedad intelectual, diversos autores se han encargado de visibilizar cuáles son los problemas de adaptación que este tiene respecto de los CT's. Una de las principales dificultades es la "epistemológica privación de derechos" (Odora, 2002, p. 108). Esta trata de que las normas que establecen derechos de propiedad intelectual, al no partir de la misma base de creencias y valores, apoyan, promueven o incluso excusan la apropiación de los conocimientos sin que las comunidades tengan voz o participación en las ganancias devengadas a partir de su uso y explotación.

El factor de contradicción está entonces en la dinámica entre los CT's y la ciencia, tecnología y las actividades comerciales, como el sector farmacéutico, agroquímico o de bioprospección, que se sirven de patentes, excluyendo el uso de estos conocimientos por un determinado período de tiempo. Algunos de los principales casos de apropiación de CT's por parte de la industria serán explicados en los siguientes apartados. Sin embargo, deben tomarse en cuenta para entender por qué la propiedad intelectual empleada de forma aislada es insuficiente para cubrir las necesidades de las comunidades.

A pesar de ello, si es que estos derechos de patentes y secretos comerciales son usados de una forma complementaria y con adecuadas políticas públicas y fiscalización, podrían llegar a ser beneficiosos. En esa línea, la OMPI ha reconocido lo siguiente:

(...) las normas de propiedad intelectual vigentes han sido aplicadas con éxito para proteger los conocimientos tradicionales contra algunas formas de utilización abusiva y de apropiación ilícita, en particular mediante las leyes de patentes, marcas,

indicaciones geográficas, diseños industriales y secretos comerciales (2005, p.18).

A pesar de ello, considero que el acceso de las comunidades a estos derechos no es pleno, puesto que los costos elevados pueden ser una barrera que impidan sus inicios de comercialización.

Sin embargo, la propiedad intelectual no es el único modelo de control jurídico. Existen otras formas de control, como el que se da a partir de contratos o licencias<sup>(8)</sup> de uso de CT's. En ambos se contempla que el consentimiento debe existir entre las partes respecto de las obligaciones y responsabilidades asumidas. A partir de estos instrumentos se regula la forma en que se ejecutará el aprovechamiento de los CT's, así como las limitaciones de estas acciones. Al respecto, el consentimiento debe ser libre, informado y previo, bajo condiciones mutuamente acordadas y con distribución de beneficios. Esto se puede desprender también del artículo 8 inciso j) del CDB<sup>(9)</sup> y de las declaraciones de la Secretaría del CDB en el Consejo Económico y Social de la ONU (E/C.19/2005/3<sup>(10)</sup>).

Por otro lado, es importante la noción de exigibilidad, debido a que permite considerar como alternativa el acceso a la vía judicial para velar por el cumplimiento de estas obligaciones. No obstante, existen complicaciones, como la inefectiva exigibilidad ante los tribunales en la jurisdicción interna (peruana). Por ello, lo recomendable es pactar un foro extranjero en el que la regulación de los CT's sea más favorable (Ruiz, 2002, p. 98). Si bien hay deficiencias, es relevante resaltar también el aporte de estas herramientas. Entre estos estarían las cláusulas de confidencialidad especiales en

(8) En el caso de Perú, un ejemplo de licencias de uso de CT's se dio entre las comunidades Aguaruna y Huambisa con el International Cooperative Biodiversity Group Program de Estados Unidos. En ese caso: "The license includes a series of clauses, the most notable include not allowing the patenting of life forms, the provisioning of software for local and national registries, and the construction of trusts to be administered by the Aguaruna and Huambisa peoples (...)" (Aguilar, 2001, p. 255).

(9) Artículo 8, inciso j) del CDB.  
"Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, [énfasis agregado] y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente".

(10) Al respecto, véase: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf?OpenElement>



los contratos, a partir de las cuales los agentes económicos se comprometen a no divulgar los CT's y a no generar ingresos a partir de actividades extracontractuales. Sin embargo, en este caso tampoco se puede negar que el elevado costo de asesoramiento legal y defensa de las comunidades, así como las asimetrías frente a los socios comerciales, también son una barrera.

En segundo lugar, respecto a los instrumentos de distribución de beneficios, estos están abocados a la compensación. En ese sentido, el esquema de distribución de beneficios por el que se ha optado es el uso de fondos, el cual permite que las comunidades sean parte de los beneficios económicos derivados del comercio vinculado a los CT's. Por ello, es esencial que exista un porcentaje de representantes de las comunidades que conformen los fondos, cualquiera sea su naturaleza (por ejemplo: fondos fiduciarios, nacionales o internacionales), para que la distribución sea justa y equitativa (Ruiz, 2006, p. 206).

Algunos ejemplos de fondos en el mundo son el Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos que opera bajo la FAO (*Food and Agriculture Organization*); el Fondo Andino de Recursos Genéticos, que opera en base a la Decisión 391 (Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos en el marco de la Comunidad Andina); el Fondo de Reconocimiento de Recursos Genéticos de la Universidad de California; el Fondo para el Desarrollo Rural Integrado y Medicina Tradicional en Nigeria; entre otros. Asimismo, en Perú, en 1992 se creó mediante Decreto Ley 26154 el Fondo Nacional para Áreas Naturales Protegidas (Fonanpe)<sup>(11)</sup>.

Finalmente, respecto a las herramientas de mantenimiento de conocimientos tradicionales, estas tienen como finalidad sistematizar y ordenar los CT's para que estos no se pierdan con el paso del tiempo. Asimismo, se plantea que puedan ser usadas para identificar casos en los que derechos de propiedad intelectual fueron otorgados de forma indebida y defender los CT's (Ruiz, 2006, p. 207). Para lograr estos objetivos, las herramientas empleadas son los registros de conocimientos e innovaciones de las comunidades.

Ahora bien, las características de estos registros son que su naturaleza es voluntaria (la protección del CT no se condiciona al registro), por lo que se necesita un consentimiento informado previo de a las comunidades. Asimismo, no se puede confundir un registro con una base de datos, porque esta última es solo información almacenada, y el registro implica proteger esta información (Reyes, 2007, pp. 28-30). Lo vital es buscar difundir estos registros con otros países para que sus respectivas autoridades eviten otorgar patentes indebidamente.

Si bien existe variedad en las opciones presentadas, no son las únicas. Uno de los esquemas que se ha planteado como el más adecuado para la protección es el régimen *sui generis*, como una herramienta más específica y adecuada a las particularidades de las comunidades. Este será desarrollado en el siguiente punto.

#### 4.2. El modelo de régimen *sui generis*

Un régimen *sui generis* de protección del conocimiento tradicional se entiende se la siguiente manera: "[...] is a regulatory regime that integrates the relevant customs and customary law of indigenous peoples into binding law" (Kuprech, 2013, p.165). Es decir, este régimen establece dentro de su base las particulares y exclusivas características de los conocimientos tradicionales, enmarcados en una idea de colectividad, costumbre y tradiciones que se heredan de generación en generación. Esta definición va de la mano con la seguida por diversos autores, como Aguilar, quien señala: "A *sui generis* IPR regime requires a profound examination of the social, political and economic conditions of each particular country" (2001, p. 252). De ello, se puede desprender que un régimen *sui generis* implica un análisis social, político y económico de las particularidades de las comunidades y sus necesidades, para establecer una serie de derechos que se adecúen a sus valores.

Tenemos entonces que un régimen *sui generis* busca ser un régimen personalizado que va más allá de la propiedad intelectual, considerando la colectividad de las comunidades. A tal efecto, es importante notar que el tipo de protección que este régimen brinda es calificado como "defensivo". Así, diversos autores han planteado que se trata de una protección "negativa":

Defensive, or 'negative protection' generally entails protection from something, i.e. improper appropriation without due compensation or prior informed consent. This protection seeks to outlaw bio-piracy and prevent other misuse or theft of indigenous knowledge (IK) and related heritages. [énfasis agregado] This form of protection can be achieved by legislative means either through reform of existing systems or by

(11) Al respecto, véase: <https://profonanpe.org.pe/proyectos/fondo-nacional-de-areas-naturales-protegidas-por-el-estado/>



introducing new laws altogether. In some instances, *sui generis* laws may have to be developed to respond to the peculiarities of IK systems which do not need to be squeezed into existing legal frameworks. (Odora, 2002, p. 107)

Ahora bien, los elementos del régimen *sui generis* debe estar presentes en lo formal (legislativamente) y material; es decir, de forma efectiva. Estos elementos son: (i) declaración de finalidad, objetivos y alcance; (ii) aclaración de los derechos de propiedad de los CT's; (iii) reconocimiento del derecho consuetudinario pertinente para la conservación y uso sostenible de los recursos biológicos; (iv) proceso y requisitos para el consentimiento fundamentado previo; (v) participación equitativa de los beneficios; (vi) condiciones para la cesión de derechos; (vii) un sistema de registro de los conocimientos tradicionales de las comunidades; (viii) una autoridad competente para administrar los procedimientos relacionados a la protección de los conocimientos; (ix) medidas de aplicación efectiva; y, (x) relación con otros derechos vinculados dentro del marco nacional y las obligaciones internacionales (UNEP, 2007, pp. 1-17).

A partir de esto, en caso la finalidad de cada elemento del régimen no se cumpla en la realidad, se demostraría que no se brinda una protección adecuada; por ende, sería necesario mejorarlo. En Perú, no todos los fines se ven plasmados en la práctica. Las comunidades aún se ven afectadas por terceros que se apropián de sus conocimientos, les bloquean acceso a los mismos, no los emplean de forma sostenible o, incluso, aprovechan la asimetría de información en los “acuerdos” y no otorgan compensaciones adecuadas. Por ello, en el siguiente apartado se analizará el actual régimen.

## 5. Evaluación de eficacia del sistema actual: ¿son o no suficientes estos esquemas para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas en el Perú?

Los esquemas o modelos previamente desarrollados, si bien se plantean para proteger los CT's y los beneficios que

deberían recibir las comunidades, también tienen desaciertos. Ahora bien, sobre el régimen *sui generis*, en el caso específico de nuestro país, es pertinente analizar cuáles podrían ser estas falencias, en base al análisis de la aplicación e implementación de la Ley 27811. Asimismo, en el presente capítulo se examinará la labor del Indecopi y otros problemas puntuales que surgen en el contexto de los CT's, como la biopiratería.

### 5.1. Los desafíos que surgen a partir de la Ley 27811

En el año 2002, luego de una serie de estudios y discusiones en torno a la necesidad de protección de los CT's por parte de Indecopi, el Congreso publicó el 10 de agosto la Ley 27811 - Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Uno de los puntos importantes se encuentra en la primera disposición complementaria, sobre la independencia de la legislación vigente en materia de propiedad intelectual<sup>(12)</sup>. A partir de ella notamos que la ley pretende desarrollar un régimen *sui generis*, incorporando ciertas particularidades que tratan de ajustarse a las necesidades de protección de los CT's y reconociendo que esta no puede dejarse únicamente en manos de la propiedad intelectual. Incluso, la misma ley plantea sus objetivos en el artículo 5, y señala no limitarse a la protección, sino también a promover el uso y desarrollo de los CT's.

En el siguiente cuadro se mostrará si la ley cumple con los elementos de un régimen *sui generis*, identificando cada uno con un artículo o título.

Régimen <i>sui generis</i>	Principales estipulaciones en la Ley 27811
Finalidad, objetivos y alcance	Título III del ámbito de protección y Título IV de los objetivos
Derechos de propiedad de los CT's	Colectividad reconocida en el artículo 10; e, inalienabilidad e imprescriptibilidad en el artículo 12.
Reconocimiento del derecho consuetudinario	Se plantea en el artículo 46 sobre solución de discrepancias entre pueblos indígenas
Proceso y requisitos para el consentimiento previo	Presente en los artículos 2.c, 5.d, 6 y 42
Participación equitativa de los beneficios	Artículos 5.b, 5.e, 7, 8 (sobre el 10% destinado al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas) y 39
Condiciones para la cesión de derechos	Título VII de las Licencias
Sistema de registro de CT's	Título VI de los Registros de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas
Autoridad competente para administrar procedimientos	Indecopi (bajo el artículo 63)
Medidas de aplicación efectiva	Este elemento será analizado inmediatamente después de la presentación de este cuadro.



A partir de un análisis superficial, podríamos determinar que, al cumplir con la mayoría de los elementos, el régimen peruano de protección de CT's es casi perfecto. Sin embargo, a pesar de que formalmente existe una ley, es necesario que la protección sea también material y tenga resultados en la realidad. Por ello, para analizar el elemento de "medidas de aplicación efectiva" es importante reconocer los desafíos/problems en la implementación y aplicación de la norma referida. En ese sentido, a continuación se abordarán los obstáculos y desafíos que no permiten cumplir con el elemento de "medidas de aplicación efectiva":

#### **A) La falta de registro de contratos de licencia y la falta de capacitación de las comunidades como impedimento de aplicación efectiva**

Uno de los desafíos se presenta en el registro de contratos de licencia. Idealmente, los contratos deberían ser registrados en la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi, identificando a la comunidad y partes del contrato, junto con un acta en la que figure el acuerdo del pueblo indígena en celebrar el contrato de licencia. Sin embargo, los contratos de licencia no suelen ser registrados (para el 2013 no había ningún contrato registrado) y no se han efectivizado mecanismos adecuados de sanción ante infracciones de derechos de las comunidades en lo referente al deber de registro (Bengoa, s/f, p. 8).

Asimismo, este problema se profundiza aún más, dado que las mismas comunidades no están lo suficientemente capacitadas (a pesar de los esfuerzos de Indecopi, que no son suficientes) respecto a estos procedimientos. De esta manera, tal como señala Ticona con respecto a la ley:

No alcanzará su potencial deseado en tanto no existan contratos de licencia de uso de conocimientos tradicionales o un rol más activo por parte de los mismos Pueblos Indígenas en la interposición de denuncias por uso indebido de sus conocimientos tradicionales (2018, p. 221).

Entonces, si no se pueden identificar los contratos de licencias, ya que no están en el registro, no hay posibilidad de poder realizar una fiscalización sobre la legitimidad de estos contratos y cumplimiento de los requisitos que estipula la ley (no se puede verificar si hay una adecuada distribución de beneficios, si hay o no un real consentimiento, entre otros). Ello lleva a perpetuar los abusos contra los derechos de las comunidades, pues "(...) la regulación destinada a proteger los conocimientos tradicionales y la compensación justa a los pueblos indígenas, objetivo primordial de la Ley, no se verifica en la realidad" (Frisancho, 2018, p. 75).

#### **B) La imposibilidad de una equitativa distribución de beneficios**

Otro problema que se puede evidenciar está relacionado a la distribución de beneficios, que debe ser equitativa, para el

fortalecimiento de las capacidades de las comunidades. El protocolo de Nagoya plantea el reconocimiento "del valor económico de los ecosistemas y la diversidad biológica y [la necesidad de una] distribución justa y equitativa" (2014, p.2). Incluso, las Decisión 391 de la Comunidad Andina y el Convenio de Diversidad Biológica también resalta la importancia de la equidad en la distribución de beneficios derivados del uso y explotación de los CT's en su artículo 19.

Este es un punto ineludible cuando se desarrollan actividades de biocomercio, las cuales deberían desarrollarse con transparencia. Sin embargo, esta transparencia se pierde cuando entramos al mundo de la biopiratería, donde no se establecen reglas de distribución de beneficios. Además, cuando logran establecerse, no son totalmente justas ni equitativas. Este problema será abordado posteriormente en el texto; no obstante, es necesario precisar la poca efectividad de la protección material (no formal) que puede brindar un régimen *sui generis* que no es implementado de una forma adecuada.

Asimismo, tampoco se debe olvidar el papel del fondo "Profonanpe"; quien, apenas en el 2018 inició un "Programa de Implementación efectiva del régimen de acceso y distribución de beneficios y conocimiento tradicional en Perú de conformidad con el Protocolo de Nagoya". Este tiene como una de sus metas ser partícipe en el proceso de discusión técnica en la propuesta para generar una adecuada reglamentación de acceso a los recursos genéticos para la implementación del Protocolo de Nagoya. Si bien la iniciativa es positiva, el tiempo que ha transcurrido desde que se publicó la Ley 27811 hasta que se pongan en la mesa este tipo de proyectos demuestra que inicialmente solo hubo esfuerzos incipientes para implementar el Fondo, teniendo a las organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas como las principales actores la generación de estas propuestas, mas no a las autoridades estatales (Ticona, 2018, p. 221).

Por consiguiente, pareciera ser que la ley es solamente letra sobre un papel. "A



pesar de que la ley fue bien recibida en las comunidades (...) no tiene un impacto en la vida diaria de las personas" (Hak Hepburn, 2021, p. 165). Es necesario que se presenten nuevas propuestas de mejora y la implementación de políticas públicas, en el que se presenten efectos reales. De hecho, "no basta con el reconocimiento normativo de estos conocimientos como derechos especiales de la propiedad industrial" (Cornejo, 2021, p. 90). Por otro lado, el papel de la autoridad encargada de administrar los procesos y velar por esta protección también es esencial. En ese sentido, sus funciones serán desarrolladas en el siguiente punto.

## 5.2. La labor del Indecopi como autoridad nacional competente

Como ha sido mencionado previamente, Indecopi es la autoridad encargada de administrar los procedimientos que versan sobre CT's. Cabe señalar que, en primera instancia, la responsable es la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías (antes Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías); y, en segunda instancia (cuando una de las partes considera que es necesaria una nueva revisión), la responsable es la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Indecopi<sup>(13)</sup>.

La Ley 27811 señala cuáles son las principales funciones de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías (en adelante, "DIN") en su artículo 64:

Serán funciones de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi:

- a) Llevar y mantener el Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.
- b) Llevar y mantener el Registro de Licencias de Uso de Conocimientos Colectivos.
- c) Evaluar la validez de los contratos de licencias sobre conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta la opinión del Consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas.
- d) Ejercer las demás funciones que se le encargan mediante el presente dispositivo.

En lo que respecta a la función de registro, Indecopi reportó a mediados del 2020 que, desde el 2006 se habían otorgado 6,585 registros de CT's, es decir, un 92% de las solicitudes de registro presentadas ante la DIN. Estas solicitudes se encontraban vinculadas a usos medicinales, espirituales, alimenticios, tintóreos, entre otros<sup>(14)</sup>. Para finales del 2020, el número de registros ascendía a 6,768<sup>(15)</sup>; es decir, en un aproximado de 6 meses, se dio un incremento de 183 registros, de los cuales, 96 pertenecen a Comunidad Nativa Alto Mayo, del pueblo indígena Awajún<sup>(16)</sup>. Por otro lado, de forma complementaria, Indecopi se ha encargado de realizar capacitaciones a diversas comunidades sobre sus derechos, cómo ejercerlos y cómo hacer uso de las herramientas jurídicas para su protección.

Por otro lado, la Comisión Nacional contra la Biopiratería (CNB) fue creada mediante la Ley 28216 en el año 2004 y está adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, siendo presidida por Indecopi. El propósito de la CNB se corresponde con la protección al acceso a los recursos genéticos con origen peruano y a los CT's. Sus funciones se estipulan en su ley de creación, siendo las más importantes la de luchar contra la biopiratería e interponer acciones de oposición o nulidad frente a solicitudes de patentes o patentes concedidas en el extranjero sobre CT's o recursos genéticos peruanos. En ese sentido, los principales problemas que enfrentan las comunidades sobre sus CT's, como la biopiratería, serán abordados a continuación.

(12) Ley 27811 - DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

"PRIMERA. - Independencia de la legislación vigente en materia de propiedad intelectual. Este régimen especial de protección es independiente de lo previsto en las Decisiones 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en los Decretos Legislativos Núms. 822 y 823 y en el Decreto Supremo N° 008-96-ITINCI".

(13) Artículo 63 de la LEY 27811

"La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es competente para conocer y resolver en primera instancia todo lo relativo a la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi conocerá y resolverá los recursos de apelación en segunda y última instancia Administrativa".

(14) Al respecto, véase: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/217883-orgullo-peruano-hay-6585-conocimientos-colectivos-de-pueblos-indigenas-registrados>

(15) Al respecto, véase: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/570962-el-indecopi-con-el-apoyo-del-iap-ha-logrado-registrar-6768-conocimientos-colectivos-de-comunidades-nativas-y-campesinas>

(16) Al respecto, véase: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/320687-el-indecopi-otorgo-96-registros-de-conocimientos-colectivos-sobre-el-uso-de-la-biodiversidad-a-la-comunidad-nativa-alto-mayo>



### 5.3. Principales problemáticas alrededor de los conocimientos tradicionales: la biopiratería y el uso de las figuras de propiedad intelectual en contra de las comunidades

Según la normativa peruana, “biopiratería” se puede definir como el acceso no autorizado, o el uso no autorizado, de recursos genéticos o CT’s<sup>(17)</sup>. Esta es una de las principales problemáticas y puede darse en dos situaciones:

1. Primera situación: El acceso sin consentimiento de la comunidad y sin contrato de acceso previo. Es necesario contar con la aprobación de las autoridades sectoriales, como INIA en el caso de especies domésticas, Serfor en el caso de especies silvestres, el Ministerio de la Producción para recursos hidrobiológicos, y Sernanp sobre especies en áreas protegidas (Pinedo, 2021).
2. Segunda situación: Cuando se usan patentes con el propósito de apropiarse de los CT's o el recurso genético. Es este momento en el que Indecopi tiene un mayor espacio de actuación mediante la CNB. Desde su creación en el 2004 hasta febrero del 2021, la CNB ha resuelto en favor del Perú 57 casos de biopiratería<sup>(18)</sup>. Cabe precisar que estas patentes ilegales generan beneficios económicos a favor de los titulares de la patente de forma indebida, que ciertamente no es percibida por las comunidades.

Entonces, es claro que hay una arista económica en estos problemas, en la que la distribución de los beneficios no es la correcta. Si bien hay comunidades que tienen una posición cerrada respecto a sus CT's, y consideran que su uso debe ser exclusivo de la comunidad, existen otras que están más abiertas al crecimiento económico mediante la administración de estos CT's y recursos. En este último caso, en el que sí hay un espacio para la negociación entre las comunidades y las empresas que desean tener acceso a los CT's y/o recursos, es necesario que se cuente con el consentimiento y una adecuada distribución de beneficios, como dicta la ley y los tratados internacionales suscritos por el Perú.

Sin embargo, las ganancias no percibidas por las comunidades no son el único daño que estas comunidades sufren. Según Bannister y Solomon, este tipo de problemáticas les genera a las comunidades un daño ético/moral, por lo que es necesario que se respete el consentimiento de las comunidades y su derecho de información sobre el futuro uso de sus CT's y recursos, siendo de ayuda que los aspectos legales vayan de la mano de la etnobiología (2009).

Así, es indispensable que las negociaciones en el ámbito precontractual cuenten con “disposición recíproca, en

términos simples, adaptados a los niveles culturales diversos de cada una, aquella información relevante acerca del objeto, proceso y finalidad, los riesgos, alternativas y consecuencias, mediando en lo posible un plazo razonable de reflexión (...)” (Matos, 2010, p. 35). Entonces, es necesario que el régimen *sui generis* cuente con una mejor implementación y sea acompañado de herramientas que promuevan su eficiencia y que, en su aplicación, se adecúen realmente a las necesidades de las comunidades. En ese sentido, el apartado final de la presente investigación tendrá por objeto presentar algunas propuestas.

## 6. Propuestas a ser implementadas en la regulación peruana: ¿cómo podemos mejorar la situación de los CT's?

Como se ha podido observar a lo largo del presente texto, la Ley 27811 presenta las características esenciales de un régimen *sui generis* de protección de los CT's. Ergo, la Ley 27811 no es el problema en sí mismo. Por el contrario, un régimen *sui generis* planteado de la forma adecuada es conveniente, en tanto que busca adaptarse a la forma de pensar y vivir de las comunidades. El problema se encuentra en el momento en el que esta norma es aplicada, en cómo se despliega esta protección en la realidad y en cuál es su alcance en los hechos. En ese sentido, el presente apartado busca proponer algunas implementaciones.

### 6.1. Sobre la implementación del “desvelo del origen”

El desvelo de origen ha estado en la mesa de debate de diferentes países, e incluso de la OMPI, mediante la Comisión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (en adelante, “IGC”). El desvelo de origen también es conocido como divulgación de origen e

(17) Se define de tal forma en la Disposición complementaria y Final tercera de la Ley 28216.

(18) Al respecto, véase: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/342705-comision-nacional-contra-la-biopirateria-identifico-42-casos-de-procesos-de-patentes-vinculados-a-recursos-biologicos-peruanos-en-el-mundo>



implica que, en el proceso de concesión de patentes, sea un requisito previo que se indique el origen de los recursos biológicos y/o CT's que fueron empleados para desarrollar el producto o proceso biotecnológico sobre el cual se solicita la patente.

Dado que esta propuesta se presenta como una limitación a este tipo de derechos de exclusividad, ha sido objeto de críticas. Estas críticas pueden resumirse en que presentar este requisito como obligatorio es innecesario y solo fomenta la obstaculización en la obtención de patentes, en contra de la naturaleza de la propiedad intelectual. Sin embargo, los derechos no son absolutos, y pueden ser objeto de limitaciones legítimas, razonables y proporcionales.

Al respecto, considero que se debe tomar en cuenta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, "ADPIC"), aplicable en Perú. Este señala en su artículo 62 que "(...) los Miembros podrán exigir que se respeten procedimientos y trámites razonables". Así, el desvelo de origen es posible y es una formalidad razonable, siendo consistente con el ADPIC (Ochoa, 2010). Además de ello, contamos con la Carta de Entendimiento sobre Biodiversidad del Acuerdo de Promoción Comercial entre los EEUU de Norteamérica y el Perú del 2007. Por ella, el país se compromete a mejorar los mecanismos de patentes, verificando que no se concedan derechos de exclusividad sobre CT's.

Ahora bien, el desvelo de origen busca evitar la expedición errónea de patentes, que es uno de los principales problemas abordados previamente sobre CT's, y del cual se desprenden consecuencias injustas (como el no acceso a beneficios de forma equitativa) y la vulneración de los derechos en juego de las comunidades. Así, un estándar mínimo de aplicación de este método implica exigir la divulgación del país de origen o la fuente de los recursos genéticos o CT's, así como demostrar que previamente existió consentimiento informado.

Lo mencionado podría lograrse mediante la obtención de certificados de origen, que deben ser exigibles a cualquier persona natural o jurídica que pretenda obtener derechos de exclusividad como las patentes. De esta forma, la fiscalización del consentimiento y lo dispuesto en las normas y tratados internacionales podría ser más efectiva y tener efectos reales, ya que al no contar con el certificado no procedería la inscripción de la patente. Así, se contribuye no solo con las comunidades, sino con la mejora del mismo sistema de patentes, ya que las autoridades se asegurarían que exista un real nivel de innovación y novedad en la invención. Es claro que un tercero no puede alegar estas características cuando un CT o recurso genético es parte del uso cotidiano de las comunidades, y no precisamente con fines industriales.

Por lo mencionado, es necesario que el Perú implemente el desvelo de origen respetando el estándar mínimo mencionado

(incluso, contemplándose normativamente, de forma expresa). Además, es fundamental que se exija de forma efectiva un certificado de origen de forma obligatoria a todo aquel que pretenda obtener derechos de propiedad intelectual que involucren CT's y recursos genéticos. En adición a ello, esta propuesta debería adoptada en otros Estados para que las autoridades responsables de velar por los CT's puedan perfeccionar su labor de colaboración internacional al enviar alertas sobre el uso indebido de CT's a los países de origen de los mismos.

## 6.2. Sobre las limitaciones de la Comisión Nacional contra la Biopiratería

Las funciones y competencias de la CNB se encuentran en el artículo 4 de la Ley 28216. Estas implican la protección contra actos de biopiratería, crear un Registro de los Recursos Biológicos y Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Perú, hacer seguimiento y evaluar las solicitudes y concesiones de patentes en el extranjero (oponerse a ellas de ser necesario), realizar informes, coordinar con las oficinas de propiedad intelectual de otros países y generar propuestas en el ámbito nacional y foros internacionales como parte de la defensa de los pueblos indígenas y nativos del Perú.

Estas funciones pueden dividirse en dos líneas de acción: (i) la línea defensiva (como los registros, evaluaciones, oposiciones e informes); y, (ii) la línea preventiva (como la generación de propuestas y participación en colaboración y foros internacionales), líneas con las que la CNB cumple parcialmente a pesar de las complicaciones que genera un insuficiente presupuesto y recursos que le brinda el Estado (Castro et al., 2017, p. 69). Así, este cumplimiento parcial se debería a que, si bien la CNB cumple con la línea defensiva, aún habría aspectos por mejorar en la línea preventiva.

El presupuesto destinado a la CNB es un obstáculo que no le permite acceder a sistemas de información idóneos para realizar los seguimientos, tener el número adecuado de personal, etc. Ello repercute en otros aspectos, como el no poder contratar la cantidad ideal de traductores especializados en las lenguas de las comunidades (Castro



et al., 2017, p. 69). Este factor es preocupante, porque solo mediante una comunicación efectiva con las comunidades se les podrá brindar capacitaciones sobre los procedimientos e informarlas sobre sus derechos de forma clara. Pero el problema de los traductores no solo se presenta respecto de las comunidades, sino también respecto de los solicitantes de las patentes. Según la OMPI, en el 2020, China, Estados Unidos, Japón y la República de Corea fueron los países que más solicitudes de patentes presentaron (representando de forma conjunta aproximadamente el 84% a nivel mundial)<sup>(19)</sup>. Por ello, el personal debe estar capacitado o debe tener la posibilidad de recurrir a terceros especializados para comprender estas solicitudes en idiomas que van más allá del inglés y brindar una adecuada protección a los CT's.

En ese sentido, si no se cuentan con los recursos necesarios para que la protección pueda ser brindada bajo los parámetros que las normas internas y los tratados señalan, el Estado estaría mostrando una falta de interés en esta protección. Como ha sido señalado en más de una ocasión a lo largo del presente texto, no basta con publicar leyes o suscribir tratados que finamente se cumplirán insuficientemente.

El Estado debe cumplir con su obligación de garantizar que los derechos de las comunidades sean respetados, e implementar vías procedimentales y presupuestales que permitan que la CNB cumpla con las funciones asignadas. Si bien Indecopi se financia a través del cobro de tasas de los procedimientos que administra, este sigue siendo un organismo estatal. Por tanto, el Estado sigue respondiendo ante la comunidad internacional por las acciones de sus funcionarios en el marco del ejercicio de sus funciones. Si estos se ven limitados en recursos, deben implementarse políticas públicas que permitan hacer frente a las complicaciones, debiendo ser una prioridad para el Poder Ejecutivo involucrarse.

## 7. Conclusiones

A mérito de lo expuesto, se tienen las siguientes conclusiones:

- La forma de vida y pensamiento de las comunidades indígenas tienen como presupuesto la idea de colectividad. De la mano, se tiene un esquema de deberes sociales de custodia, tutela y administración, la asignación de valores sagrados y ancestrales sobre tangibles e intangibles y la armonía con la naturaleza. Ello claramente se distancia del pensamiento occidental e individualista bajo el cual nace la propiedad intelectual.
- En base a ello, es necesario que los sistemas de protección de CT's contemplen en su formulación las particulares necesidades de las comunidades para poder brindar una

protección idónea. Así, la mera propiedad intelectual resultaría insuficiente para dichos fines.

- En vista de lo señalado, un régimen *sui generis* de protección de CT's es el esquema que brinda una mejor protección, ya que busca adaptarse a las particularidades de las comunidades. En esa línea se encuentra la Ley 27811, que cumple con todas las características esenciales de este tipo de régimen.
- A pesar de ello, es imprescindible que la ley pueda tener los resultados que su objeto señala. Así, se debe buscar que la protección de los derechos de las comunidades no solo sea formal, sino también material, lo que no sucede cabalmente en el Perú. Por ello, este régimen debe complementarse con las propuestas mencionadas en el punto (vi).
- Algunos problemas identificados son el abuso de derechos de exclusividad (como las patentes) por parte de ciertos agentes económicos, que son concedidos en vulneración de los CT's, bloquean el acceso a las comunidades a sus propios conocimientos e imposibilitan una justa asignación de beneficios (generalmente económicos); los elevados costos de asesoramiento legal y la defensa de derechos de las comunidades; las asimetrías que se hacen más notorias en la negociación de contratos de licencia; las brechas de lenguaje; las limitaciones presupuestales de Indecopi, entre otras.

- Ante ello, se propone:

- a. El desvelo de origen como una posible mejora a nuestro régimen, que ayudaría no solo a proteger los CT's de las comunidades y mejorar las estrategias de fiscalización de la CNB, sino también a perfeccionar la evaluación de las solicitudes de patentes, asegurando las características de innovación y novedad de las invenciones.
- b. La implementación de políticas públicas que se centren en darle prioridad a la asignación de recursos suficientes para que la CNB pueda

(19) Al respecto, véase: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_943\\_2020.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_943_2020.pdf)



cumplir con el ejercicio de sus funciones de forma tal que se brinde una protección efectiva. Ello implica invertir en los sistemas de información y el personal administrativo, así como terceros (traductores) que colaboren con la línea preventiva en las capacitaciones y comunicaciones con las comunidades y solicitantes extranjeros.

## Referencias bibliográficas

- Aguilar, G. (2001). Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples. *Environmental Science & Policy*, 4, 241-256. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S146290101000284>
- Aguilar, G. (2019). El esquema legal de protección sui generis de los conocimientos tradicionales asociados a la medicina tradicional en México. *Revista del Colegio de San Luis*, IX(20), 113-140. <https://www.redalyc.org/journal/4262/426264180005/html/>
- Bannister, K., & Solomon, M. (2012). Appropriation of Traditional Knowledge: Ethics in the Context of Ethnobiology (Part I). En J. Young & C. Brunk (Eds.), *The Ethics of Cultural Appropriation* (pp. 140-172). Wiley-Blackwell.
- Bengoia, C. (s/f). *El Régimen Peruano de Protección de Conocimientos Tradicionales: Logros Obtenidos y Retos Pendientes*. International Development Law Organization. <https://bit.ly/3n3zo37>
- Bondia, D. (2013). La reivindicación de los derechos humanos emergentes bioculturales: los logros del protocolo de Nagoya. En X. Pons (Eds.), *Alimentación y derecho internacional. Normas, instituciones y procesos* (pp. 229-252). Marcial Pons & Ediciones Jurídicas y Sociales. <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WW/vid/692855205>
- Cabrera, J. (2013). Propiedad intelectual, recursos genéticos y derecho a la alimentación: recientes desarrollos de interés. En X. Pons (Eds.), *Alimentación y derecho internacional. Normas, instituciones y procesos* (pp. 161-196). Marcial Pons & Ediciones Jurídicas y Sociales. <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#WW/vid/692855177>
- Caillaux, Z., & Ruiz, M. (2004). Protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 1(1). [https://repositorio.promperu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.14152/1431/Proteccion\\_juridica\\_conocimientos\\_tradicionales\\_desafios\\_2004\\_keyword\\_principal.pdf?sequence=1](https://repositorio.promperu.gob.pe/bitstream/handle/20.500.14152/1431/Proteccion_juridica_conocimientos_tradicionales_desafios_2004_keyword_principal.pdf?sequence=1)
- Campos, F. J. (2005). El médico del tiempo de los incas y sus remedios. *Dermatología Cosmética, Médica y Quirúrgica*, 3(2), 122-124. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=56957>
- Castro, M., Loayza, G., Palomino, L., & Távara, J. (2017). *Análisis y propuestas de mejora del modelo de gestión de la Comisión Nacional contra la Biopiratería: Caso Peruano*. [Tesis de maestría, Escuela de Administración de Negocios para Graduados]. Repositorio institucional de la Universidad ESAN. [https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/1046/2017\\_MAGP\\_14-1\\_06\\_T.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/1046/2017_MAGP_14-1_06_T.pdf?sequence=2&isAllowed=y)
- Comunidad Andina de Naciones (1996). Decisión 391.
- Comunidad Andina (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. SCIOTECA, Espacio de conocimiento abierto & CAF. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/664>
- De la Cruz, R., Muyuy, G., Viteri, A., Flores, G., Humpire, J., Mirabal J., & Guimaraez, R. (2005). *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. SCIOTECA, Espacio de conocimiento abierto & CAF. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/664>
- Congreso de la República del Perú (2022, 10 de agosto). Ley 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Diario Oficial El Peruano.
- Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica - CONCYTEC (2016). Programa Nacional Transversal de Ciencia, Tecnología e Innovación de Valorización de la Biodiversidad. [http://portal.concytec.gob.pe/images/publicaciones/libro\\_biodiversidad\\_valbio\\_oct.pdf](http://portal.concytec.gob.pe/images/publicaciones/libro_biodiversidad_valbio_oct.pdf)
- Cornejo, C. (2021). Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. *Revista Sapientia & Justitia*, (2), 87-111. <https://sapientia.ucss.edu.pe/index.php/sei/article/view/9/12>
- Correa, C. (1995). Sovereign and property rights over plant genetic resources. *Agric Hum Values*, 12, 58-79. <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02218567#citeas>
- Delgado, D. (2021). ¿Qué son los conocimientos tradicionales y cómo pueden protegerse? SPDA Actualidad Ambiental. <https://www.actualidadambiental.pe/conocimientos-tradicionales-proteccion/>
- Ferro, P. (2009). Acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales: escenario actual y últimos avances legislativos a nivel nacional. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 4(5), 293-309. <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario05/art09/ANUARIO%20ANDINO%20ART09.p>
- Forero, F. (2017). *Recomendaciones para el diseño de un plan nacional de preservación y fomento de las expresiones tradicionales culturales*. CERLALC. <https://cerlalc.org/publicaciones/recomendaciones-para-el-diseno-de-un-plan-nacional-de-preservacion-y-fomento-de-las-expresiones-tradicionales-culturales/>
- Fredriksson, M. (2021). Dilemmas of protection: decolonising the regulation of genetic resources as cultural heritage. *International Journal of Heritage Studies*, 27(7), 720-733. <https://doi.org/10.1080/13527258.2020.1852295>



- Frisancho, M. (2018). *El Impacto de Nuevos Estándares de Interpretación en las Empresas Respecto a la Observancia del Criterio de Compensación Justa en el Marco de la Tutela de los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13446>
- Hak, M. (2021). Protegiendo los derechos de propiedad intelectual y el conocimiento ecológico tradicional: una mirada crítica a la Ley 27811 del Perú. *Anthropologica*, 39(46), 143-170. <https://doi.org/10.18800/anthropologica.202101.005>
- Indecopi (2022). *Día de los pueblos originarios: existen 6,983 conocimientos colectivos de pueblos indígenas registrados en el Perú*. Gob.pe. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/659491-dia-de-los-pueblos-originarios-existen-6-983-conocimientos-colectivos-de-pueblos-indigenas-registrados-en-el-peru>
- Jiménez, O. (2010). Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127). [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332010000100005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000100005)
- Kansa, E., Schultz, J. y Bissell, A. (2005). Protecting Traditional Knowledge and Expanding Access to Scientific Data: Juxtaposing Intellectual Property Agendas via a "Some Rights Reserved" Model. *International Journal of Cultural Property*, 12(3), 285-314. <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-cultural-property/article/protecting-traditional-knowledge-and-expanding-access-to-scientific-data-juxtaposing-intellectual-property-agendas-via-a-some-rights-reserved-model/915ABD058D855F15D4297EA41345164C>
- Kuprecht, K. (2013). Indigenous Peoples' Cultural Property Claims. Springer Publishing. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-01655-9>
- Lai, J. C. (2014). Indigenous Cultural Heritage and Intellectual Property Rights. Springer Publishing. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-02955-9>
- Lehtinen, L. M. (2020). Propiedad Intelectual y Sostenibilidad: La protección de los conocimientos tradicionales. *Cuaderno del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, (106). <https://dspace.palermo.edu/ojs/index.php/cdc/article/view/4040>
- Lino, M. (2017). *Limitaciones y retos de la figura de las patentes para abordar y proteger los conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos*. [Tesis para obtener la segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8407>
- López, T. (2005). SUI GENERIS SYSTEMS FOR THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 3(6). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14043>
- Martínez, G., & Arellanes, N. (2019). El esquema legal de protección sui generis de los conocimientos tradicionales asociados a la medicina tradicional en México. *Revista de El Colegio de San Luis*, IX(20), 113-140. <https://www.redalyc.org/journal/4262/426264180005/html/>
- Martínez, M. (2013). La regulación jurídica internacional de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. En X. Pons (Eds.), *Alimentación y derecho internacional. Normas, instituciones y procesos* (pp. 197-227). Marcial Pons & Ediciones Jurídicas y Sociales. <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#vid/692855201>
- Matos, M. (2010). Entrevista a los Drs. Teodora Zamudio, Joseph Vogel y Manuel Ruiz Müller. El Perú contra la Biopiratería: Hacia el Correcto Uso y Disfrute de su Biodiversidad. *Derecho & Sociedad*, (35), 342-344. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13312>
- Millaleo-Hernández, S. (2019). Recursos genéticos y pueblos Indígenas: la tesis de la propiedad cultural indígena frente al dominio público. *Acta bioethica*, 25(1). [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2019000100051](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2019000100051)
- Mugabe, J. (2001). INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION AND TRADITIONAL KNOWLEDGE: An Exploration in International Policy Discourse.
- Muñoz-Rojas, T. M. (2019). Mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales: el caso de Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, 43. <https://www.redalyc.org/journal/3376/337660349009/html/>
- Núñez, I., González-Gaudiano, É. & Barahona, A. (2003). La biodiversidad: historia y contexto de un concepto. *Interciencia*, 28(7), 387-393. [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0378-18442003000700006&lng=es&tlang=es](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0378-18442003000700006&lng=es&tlang=es)
- Ochoa, M. (2010). Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127), 179-207. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332010000100005&lng=es&tlang=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000100005&lng=es&tlang=es)
- Odora, C. (2002). Indigenous Knowledge Systems, Sustainable Livelihoods and the Intellectual Property System: A Peace Action Perspective. *Journal of Peacebuilding & Development*. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1080/15423166.2002.373049356048>
- Okediji, R. (2018). *Traditional Knowledge and the Public Domain*. Centre For International Governance Innovation. <https://www.cigionline.org/publications/traditional-knowledge-and-public-domain/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2005). *Intellectual Property and Traditional Knowledge - Booklet n° 2* (Spanish version). OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2015). *Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual* (N.o 1). [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_tk\\_1.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual & Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. (2017). *Examen técnico de algunas cuestiones esenciales de Propiedad Intelectual de los proyectos de instrumentos de*



la OMPI relativos a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtf\\_ic\\_34/wipo\\_grtf\\_ic\\_34\\_inf\\_8.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtf_ic_34/wipo_grtf_ic_34_inf_8.pdf)

Organización Mundial de las Naciones Unidas (1993). Convenio de Diversidad Biológica.

OseiTutu, J. (2009). Traditional Knowlege: Is Perpetual Protection a Good Idea? *ECollections*. [https://ecollections.law.fiu.edu/faculty\\_publications/19/](https://ecollections.law.fiu.edu/faculty_publications/19/)

Pastor, S., & Sigüeñas, M. (2008). *Bioprospección en el Perú*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Pinedo, X. (2021). *Biopiratería: saqueo silencioso de recursos y conocimientos*. Ojo Público. <https://ojopublico.com/2988/biopirateria-saqueo-silencioso-de-recursos-y-conocimientos>

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012, 27 de junio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Reyes, Y. (2007). La protección del conocimiento tradicional a través de las bases de datos y registros en la Convención sobre Diversidad Biológica y la Convención de Lucha Contra la Desertificación. *Agenda Internacional*, 14(25), 25-39. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7338>

Ruiz, M. (2002). *Protección sui generis de conocimientos indígenas en la Amazonía*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Ruiz, M., Lapena, I., & Clark, S. E. (2004). The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative Perspective. *Washington University Open Scholarship*, 3. [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_globalstudies/vol3/iss3/3/](https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol3/iss3/3/)

Ruiz, M. (2006). *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina*. Unión Mundial para la Naturaleza. [https://spda.org.pe/wpfb-file/20060508165038\\_-pdf/](https://spda.org.pe/wpfb-file/20060508165038_-pdf/)

Ruiz, M. (2008). La biodiversidad como objeto de protección jurídica: los recursos genéticos, la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales. *THEMIS Revista De Derecho*, (56), 109-125. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9180>

Ruiz, M. (2010). *Valoración y Protección de los Conocimientos Tradicionales en la Amazonía del Perú: Sistematización de una Experiencia*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. <https://spda.org.pe/wpfb-file/valoracion-de-los-conocimiento-pdf/>

Ruiz, Osvaldo. (2007). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: Una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40(118), 193-239. Recuperado en 24 de abril de 2022, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332007000100007&lng=es&tlang=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000100007&lng=es&tlang=es)

Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. (s/f). Biocomercio en la subregión andina: oportunidades para el desarrollo. [https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/661/Biocomercio\\_en\\_la\\_subregion\\_andina.\\_Oportunidades\\_para\\_el\\_desarrollo.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/661/Biocomercio_en_la_subregion_andina._Oportunidades_para_el_desarrollo.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Shiva, V. (1993). The seed and the earth. Biotechnology and the colonisation of regeneration. Canadian Woman Studies. <http://sites.tufts.edu/newfoodactivism/files/2013/01/shiva-seedearth.pdf>

Solomon, M. (2004). *Indigenous Intellectual Property Rights: Legal Obstacles and Innovative Solutions*. AltaMira Press.

Tantaleán, R. (2016). *Tipología de las Investigaciones Jurídicas. Derecho y Cambio Social*. [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiY1r-6orzzAhVNILkGHbshBawQFnoECAIQAw&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5456267.pdf&usg=AOvVaw2a0myplQ5Wzu-z8\\_0T3Y-Y](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiY1r-6orzzAhVNILkGHbshBawQFnoECAIQAw&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5456267.pdf&usg=AOvVaw2a0myplQ5Wzu-z8_0T3Y-Y)

Ticona, J. (2018). Crónica de la Ley 27811: 16 años después, aciertos y desafíos en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a la diversidad biológica. *Persona y Familia*, 1(7), 209–223. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/1258>

IUCN. (2013). *Six Case Studies in Latin America and the Caribbean: Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*. <https://bit.ly/3xDjfER>

United Nations Environment Programme - UNEP. (2007). ELABORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE SISTEMAS SUI GENERIS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, INNOVACIONES Y PRÁCTICAS TRADICIONALES PARA IDENTIFICAR ELEMENTOS PRIORITARIO.

UN-WCMC. (2021). Salvaguardando conocimientos tradicionales: ¿Cómo mejorar el reconocimiento e inclusión de conocimientos tradicionales en la conservación de la biodiversidad? (Documento de trabajo)

Vásquez, H. S. (2004). Etnoconocimiento en Latinoamérica: apropiación de recursos genéticos y bioética. *Acta bioethica*, 10(2). [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2004000200006](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2004000200006)

Villabella, C. (2020). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones* (Vol. 4). <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6226-pasos-hacia-una-revolucion-en-la-ensenanza-del-derecho-en-el-sistema-romano-germanico-tomo-4-version-electronica>

Younging, G. (2015). *Traditional Knowledge Exists; Intellectual Property Is Invented or Created*. Penn Law: Legal Scholarship Repository. <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol36/iss4/5/>

Zamudio, T. (2012). Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de beneficios. *Derecho PUCP*, (69), 259-279. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.013>



# La aplicación de sanciones tributarias en el marco del procedimiento de fiscalización: afectación al derecho de defensa de los contribuyentes<sup>(\*)</sup>

*The application of tax sanctions in the framework of the tax control procedure: affectation to the right of defense of taxpayers*

**Julio César Casma Rocha<sup>(\*\*)</sup>**

PwC Perú (Lima, Perú)

**Resumen:** La Administración Pública posee potestades que deben ser utilizadas en aras de alcanzar el objetivo de protección del interés general y garantizando siempre los derechos fundamentales de los administrados. Dentro de estas potestades encontramos la de sancionar, expresión del *ius puniendi* estatal, y que será activada ante la comisión de infracciones administrativas por parte de sujetos determinados. La potestad de sancionar requiere ser ejercida en el marco de un procedimiento legal que otorgue a los administrados las garantías de defensa suficientes para hacer frente a la imposición de una sanción.

Sin embargo, la actual regulación tributaria se aparta del referido razonamiento: la imposición de sanciones tributarias a los contribuyentes infractores se produce en el marco del procedimiento de fiscalización. Es decir, la actividad de fiscalización de la Administración Tributaria concluirá no sólo con la Resolución de Determinación, sino también con una Resolución de Multa.

Esta regulación es producto de una evidente confusión entre la potestad de fiscalizar y la potestad de sancionar de la Administración, cuyas actuaciones requieren estar debidamente separadas. Asimismo, con ello se genera una grave afectación al derecho de defensa de los contribuyentes, quienes no podrán defenderse de forma adecuada frente a la imposición de una sanción tributaria.

**Palabras clave:** Fiscalización - Sanción - Finalidades - Garantías - Derecho de Defensa - Debido Procedimiento - Derecho Tributario

**Abstract:** The Public Administration has powers that must be used in order to achieve the objective of protecting the general interest and always guaranteeing the fundamental rights of administered subjects. Within these powers we find the power to sanction, expression of the *ius puniendi*, that will be activated to the commission of administrative infractions. The sanctioning power requires to be exercised within the framework of a legal procedure that provides to administered subjects sufficient defense guarantees to deal with the imposition of a sanction.

(\*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 24 de julio de 2022 y su publicación fue aprobada el 2 de noviembre de 2022.  
(\*\*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Becario en la Università degli Studi di Torino. Asociado de Tax Litigation en PwC Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9423-1998>. Correo Electrónico: [julio.casma.rocha@pwc.com](mailto:julio.casma.rocha@pwc.com).



However, the current tax regulations deviate from the above-mentioned reasoning: the imposition of tax penalties on the taxpayers takes place within the framework of the supervision procedure. That is to say, the activity of supervision of the Tax Administration will conclude not only with the "Resolución de Determinación", but also with a "Resolución de Multa".

This regulation is the result of an obvious confusion between the power to supervise and the power to sanction of the Administration, whose actions need to be properly separated. This situation also seriously affects the right of defense of taxpayers, who will not be able to defend themselves adequately against the imposition of a tax penalty.

**Key Words:** Control - Sanction - Aims - Guarantees - Right of defense - Due process - Tax law

## 1. Introducción

La Administración Pública, en aras de proteger el interés general, tiene a su cargo el ejercicio de diversas potestades, entre las cuales encontramos la de sancionar. Esta potestad debe aplicarse en el marco de un procedimiento legal propio que otorgue al administrado las garantías necesarias para defenderse de forma adecuada frente a la imposición de una sanción.

Por su parte, el artículo 75 del Código Tributario y el artículo 10 del Reglamento del Procedimiento de Fiscalización de la SUNAT (en adelante, RPFS) disponen que la aplicación de sanciones tributarias se producirá en el marco del procedimiento de fiscalización tributaria. Es decir, la imposición de sanciones tributarias no es el resultado de un procedimiento sancionador especial y además está sujeta solo a las garantías inherentes al procedimiento de fiscalización.

El presente trabajo tiene dos objetivos principales. En primer lugar, analizar si es idóneo que el ejercicio de la potestad sancionadora tributaria se inserte dentro de la actividad de fiscalización. En segundo lugar, determinar si la actual regulación del Código Tributario para la aplicación de sanciones afecta derechos fundamentales de los contribuyentes.

A través del estudio de las potestades de fiscalizar y sancionar de la Administración Pública, y de sus respectivas finalidades, se llegará a la conclusión de que las actuaciones de ambas potestades requieren estar debidamente separadas. Asimismo, mediante el examen del procedimiento de fiscalización tributaria, se entenderá que este solo está orientado a la determinación de la obligación tributaria y no a la imposición de sanciones.

Por último, se observará que con la actual regulación del Código Tributario se genera una afectación al derecho de

defensa de los contribuyentes. Ello en tanto no cuentan con las garantías suficientes e inherentes al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Se hace imprescindible, por tanto, establecer un procedimiento sancionador tributario que cuente con las debidas garantías y principios reconocidos por el Tribunal Constitucional.

Debemos resaltar que el presente trabajo no pretende cerrar el debate sobre el ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración en el ámbito tributario; por el contrario, espera ser el inicio de un amplio intercambio de ideas que permita regular su adecuado ejercicio, asegurando una protección efectiva de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

## 2. Potestad de sancionar de la Administración Pública

Toda sociedad, en aras de poder cumplir sus funciones básicas, requiere contar con un marco organizativo democrático que establezca reglas y condiciones aplicables a todos los ciudadanos. Para ello es necesario que una entidad cuente con el poder suficiente para ejercer gobierno y hacer cumplir dichas reglas y condiciones establecidas. Es el Estado quien tiene el poder -emanado del pueblo- para ejercer un gobierno democrático, social y soberano en el que se respeten las reglas previamente conferidas.

Este poder público que posee el Estado se ve manifestado en funciones, cada una orientada a la realización de sus propios fines. Entre las principales funciones estatales tenemos a la función ejecutiva, la legislativa y la judicial; sin embargo, no podemos olvidar también a la función administrativa. La función administrativa es aquella ejercida por la Administración Pública y que tiene como objetivo principal la protección del interés general. Ella se concretiza a través del ejercicio de diversas potestades, y nace para cumplir labores ejecutivas (aplicación y cumplimiento de leyes), normativas (función de reglamentación) y resolutivas (procedimiento administrativo).



Para poder concretar su objetivo de proteger el interés general, el legislador le ha otorgado a la Administración Pública una serie de potestades, en virtud de las cuales puede imponer a los administrados determinadas obligaciones. La potestad es una facultad de actuación otorgada por norma jurídica y que faculta a la Administración a someter a los administrados en una situación de sujeción, que los obliga a tolerar efectos jurídicos (Mabel, 2008).

Dentro de las potestades que le han sido conferidas a la Administración, encontramos a la potestad de sancionar, que le permite al Estado reaccionar frente al incumplimiento de las obligaciones, deberes y limitaciones por parte de los administrados. En virtud de esta potestad, la Administración podrá imponer *sanciones* ante la comisión de una conducta infractora por parte de un sujeto determinado.

La imposición de sanciones es una explícita manifestación del *ius puniendo estatal*. El Estado cuenta con potestades de sanción dirigidas a contrarrestar la comisión de conductas infractoras y delitos penales. Aquí debe notarse que el derecho sancionador es objeto no solo del derecho administrativo, sino también del derecho penal; por ello se habla de una "unidad del derecho sancionador".

En el caso del Derecho Administrativo sancionador, el *ius puniendo estatal* es el reflejo de la potestad de sancionar de la Administración Pública. Mediante esta potestad, se busca afrontar conductas ilícitas que no se encuentran comprendidas del ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales penales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017).

La distribución entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador respecto a las conductas de los administrados que persigue cada uno, tiene en cuenta razones históricas, la valoración de la naturaleza de los bienes jurídicos a proteger, la gravedad de las conductas y factores puramente cuantitativos o de conveniencia (Zegarra, 2017).

Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente No. 1873-2009-PA/TC, donde señaló que las potestades de imponer sanciones administrativas y la de aplicar sanciones penales difieren en sus fines: las primeras tienen un fin represivo, mientras que las segundas un fin de reeducación y reinserción social.

En tal sentido, la actividad sancionadora de la Administración Pública se ve reflejada en mecanismos de coerción que hagan frente a aquellas conductas de los administrados que se traduzcan en el incumplimiento o contravención de las disposiciones que integran un ordenamiento jurídico.

## 2.1. Garantías necesarias para el ejercicio de la potestad de sancionar

El ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración Pública, iniciado por la comisión de una conducta infractora de parte de un administrado, podrá culminar en la imposición

de la correspondiente sanción administrativa. Esta sanción afectará intensamente la esfera jurídica del sujeto infractor, repercutiendo directamente en sus derechos y obligaciones.

Así, por ejemplo, si observamos el ámbito del derecho tributario (que ineludiblemente forma parte del derecho administrativo), observamos que, frente a la comisión de infracciones tributarias, la Administración Tributaria podrá aplicar las sanciones establecidas en el artículo 165 del Código Tributario. Dentro de estas sanciones tenemos por ejemplo a las penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre temporal de establecimiento, entre otras.

Las penas pecuniarias, también conocidas como multas, son el tipo de sanción más recurrente en la práctica tributaria y se notifican al administrado en la denominada Resolución de Multa. Este acto administrativo, al igual que la Resolución de Determinación, está sujeto a determinados requisitos de validez señalados en el artículo 77 del Código Tributario.

Tanto las penas pecuniarias como las demás sanciones tributarias, *afectan directa e intensamente el derecho de propiedad de los contribuyentes y derechos fundamentales conexos*. Dada la gravedad de la sanción y su repercusión en la esfera jurídica del administrado, se hace necesario que el ejercicio de la potestad de sancionar esté sujeto a principios y garantías a favor del contribuyente, que le permitan a este último defenderse de forma adecuada.

En ese sentido, el primer aspecto a resaltar en el ejercicio de la potestad de sancionar es la necesaria existencia de un procedimiento legal establecido para la imposición de sanciones. Solo dentro de un procedimiento podrán fijarse principios y garantías que permitan un razonable ejercicio del *ius puniendo estatal*, asegurando que las sanciones aplicadas sean conforme a derecho y que su imposición haya sido respetuosa de los derechos fundamentales del administrado y del principio de debido procedimiento.

Siguiendo esta línea es que el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento



Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) ha instaurado un procedimiento administrativo sancionador, regido por principios especiales que garantizan un ejercicio idóneo de la potestad de sancionar del Estado. En específico, el artículo 247 del TUO de la LPAG establece que:

- La facultad sancionadora de las entidades que determinan infracciones y aplican las correspondientes sanciones se encuentra regulada por la normativa del Capítulo III del TUO de la LPAG.
- Este capítulo se aplica con carácter supletorio a los procedimientos dispuestos por normas especiales, tales como los tributarios. Estos procedimientos especiales deberán respetar los principios de la potestad sancionadora regulados en el artículo 248, además de la estructura y garantías constituidas.
- Las condiciones que fijen los procedimientos especiales no pueden ser menos favorables a los administrados que las establecidas en el Capítulo III del TUO de la LPAG.

El segundo aspecto a resaltar es que el ejercicio de la potestad de sancionar debe sujetarse necesariamente a principios constitucionales que han sido ampliamente reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, encontramos que en la sentencia recaída en el expediente No. 2050-2002-AA/TC, se precisó que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen **principios básicos del derecho sancionador**, que no sólo (sic) se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del **derecho administrativo sancionador**” (2003, fj. 8).

En la misma línea, en la sentencia recaída en el expediente No. 1873-2009-PA/TC se reconoció que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Cuando menos conviene tener en cuenta el principio de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción.

Resaltando lo anteriormente señalado, en la sentencia recaída en el expediente No. 2098-2010-PA/TC se manifestó que el derecho al debido proceso en instancia sancionadora administrativa implica la plena aplicación de los principios constitucionales que limitan la potestad disciplinaria. Solo así un procedimiento podrá ser calificado como justo y, consecuentemente, como constitucional.

Tomando en consideración los dos aspectos recientemente desarrollados, podemos concluir que, solo aplicando los principios constitucionales de la potestad sancionadora reconocidos por el Tribunal Constitucional, dentro un procedimiento legal establecido, se podrá garantizar que la imposición de sanciones sea conforme a derecho. Es un requisito indispensable que *el administrado cuente con las garantías suficientes y necesarias para poder hacer*

*frente a la aplicación de la sanción que incidirá gravemente en sus derechos fundamentales.*

Debemos subrayar que estas garantías inherentes al ejercicio de la potestad de sancionar no son similares a las establecidas en cualquier procedimiento llevado a cabo por la Administración Pública. Ello es razonable pues las garantías con las que cuente un administrado deben corresponderse con la gravedad e intensidad de afectación que pueda causarles el Estado. Por ejemplo, no serán similares las garantías aplicables frente a la actividad de fiscalización, que aquellas aplicables ante la imposición de una sanción (que sí afecta gravemente la esfera jurídica de los administrados).

En tanto las consecuencias del ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración son más gravosas, el legislador ha establecido garantías especiales a favor de los administrados. Estas garantías se encuentran “fortalecidas” en tanto se trata de un ordenamiento represivo (Gamba, 2021) y han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional.

El órgano garante de la Constitución ha afirmado expresamente en la sentencia No. 1873-2009-PA/TC que el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere de un procedimiento legal establecido, pero también de garantías **suficientes** para los administrados. Las garantías cumplirán esta característica si es que le **permiten al sujeto defenderse adecuadamente** ante el acto estatal que afecta gravemente sus derechos fundamentales.

Nótese por último la relevancia que adquiere el principio de debido procedimiento en el ámbito del derecho administrativo sancionador. En virtud de este principio, deben observarse y respetarse las **garantías necesarias** a efecto de que las personas puedan defenderse de forma apropiada ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos, tal como se reconoció en la sentencia del Tribunal Constitucional No. 2098-2010-PA/TC. La validez de la imposición de sanciones estará sujeta al irrestricto respeto del debido procedimiento.



### 3. Ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración Pública Tributaria

Conforme hemos mencionado anteriormente, el Estado cuenta con mecanismos de coerción para hacer frente al incumplimiento de las obligaciones, deberes y limitaciones por parte de los administrados. Estos mecanismos se traducen en la *facultad de imponer sanciones* frente a la comisión de conductas infractoras administrativas, en virtud de su potestad de sancionar.

Este razonamiento no es ajeno al ámbito del derecho tributario. Allí la Administración Pública Tributaria<sup>(1)</sup> podrá reaccionar represivamente ante la comisión de infracciones tributarias, aplicando las sanciones establecidas en el artículo 165 del Código Tributario. Nuevamente, la sanción más común es la pena pecuniaria y es notificada a través de la Resolución de Multa.

En este punto corresponde preguntarnos, ¿existe un procedimiento sancionador regulado para la imposición de sanciones tributarias que cuente con las garantías suficientes? Para responder a ello, consideramos conveniente recurrir a lo establecido en el artículo 75 del Código Tributario, que expresamente señala:

#### Art. 75.- Resultados de la fiscalización o verificación

**Concluido el proceso de fiscalización o verificación, la Administración Tributaria emitirá la correspondiente Resolución de Determinación, Resolución de Multa u Orden de pago, si fuera el caso [Énfasis agregado].**

Por su parte, el artículo 10 del RPFS erige que “el procedimiento de fiscalización concluye con la notificación de las resoluciones de determinación y/o, en su caso, de las resoluciones de multa”. De la lectura de ambos artículos normativos podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- La imposición de sanciones tributarias es consecuencia directa del procedimiento de fiscalización tributaria; es decir, no existe un procedimiento sancionador tributario establecido.
- Las garantías que tienen los contribuyentes frente a la imposición de sanciones tributarias serán las propias del procedimiento de fiscalización tributaria.

Como se observa, la imposición de sanciones tributarias se produce en el marco de la actividad de fiscalización tributaria. A diferencia de lo establecido en el TUO de la LPAG, el Código Tributario optó por insertar el ejercicio de la potestad sancionadora tributaria dentro del procedimiento de

fiscalización, que es manifestación de una potestad estatal distinta: la de fiscalizar.

La regulación del Código Tributario es contradictoria directamente con lo establecido por la LPAG respecto a la existencia de un procedimiento sancionador; sin embargo, debemos tomar en consideración la norma especial del Decreto Legislativo 1311, publicado el 30 de diciembre de 2016. Esta norma dispuso que la Administración Tributaria se sujetaba a los principios de potestad sancionadora establecidos en los artículos 168 y 171 del Código Tributario; no siéndole de aplicación los principios del procedimiento sancionador señalados en la LPAG.

Más allá de ello, debemos advertir que no es idóneo insertar el procedimiento de imposición de sanciones tributarias dentro del procedimiento de fiscalización tributaria, pues ambos son manifestaciones de potestades estatales distintas. Los dos procedimientos están orientados a objetivos que no convergen y, por ende, las garantías aplicables a ellos tampoco otorgarán la misma tutela para el administrado.

#### 3.1. Potestad de fiscalizar de la Administración Pública

La Administración Pública, en aras de alcanzar su objetivo consistente en proteger el interés general, está facultada a supervisar o controlar el cumplimiento de las obligaciones y deberes de parte de los administrados. La Administración puede inspeccionar que el comportamiento de los sujetos fiscalizados se encuentre conforme a las reglas establecidas por la normativa correspondiente. Esta facultad no es otra cosa que su potestad de fiscalizar.

La actividad de fiscalización -originada en la potestad del mismo nombre- es una técnica de policía, que tiene por finalidad la verificación del cumplimiento del ordenamiento que regula el ejercicio de los derechos y obligaciones de los administrados (Fernández, 2002). Mediante ella se llevan a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa

(1) Para efectos del presente trabajo, nos referiremos a la Administración Tributaria de tributos internos y derechos arancelarios del Gobierno Central, que recae en la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT.



vigente (Zegarra, 2016), permitiendo supervisar si los sujetos vienen actuando de conformidad con sus obligaciones y deberes.

Por otro lado, debemos notar que la doctrina utiliza diversas nominaciones para definir a esta actividad: inspección, supervisión, fiscalización. Sin embargo, no debe perderse de vista que, para efectos del derecho administrativo, todas ellas tienen una relación de sinonimia y responden a una sola potestad del Estado: la potestad de fiscalizar.

En este punto es importante rescatar lo señalado por el artículo 239 del TUO de la LPAG sobre la actividad de fiscalización. Allí se dispone que esta actividad constituye “el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados”.

La definición establecida por la norma administrativa para la actividad de fiscalización coincide con la caracterización otorgada por la amplia doctrina reseñada. La potestad de fiscalizar de la Administración se ve manifestada en las actuaciones de inspección, supervisión o investigación que esta lleva a cabo con el fin de comprobar el adecuado cumplimiento de las obligaciones de los administrados.

La Administración Pública, mediante el control de las actuaciones de los sujetos fiscalizados, pretende que estos adecúen su comportamiento a las obligaciones, deberes y limitaciones que les han sido establecidos por la norma. Se busca que los administrados ajusten su actuación a lo regulado en la ordenación del sector o actividad correspondiente. Por ello se expresa que la facultad de fiscalización tiene una finalidad preventiva, y no represiva (Zegarra, 2017).

Sobre este punto, algunos autores han resaltado la *finalidad preventiva* inherente a la fiscalización. En efecto, se ha afirmado que la prevención es intrínseca al concepto actual de inspección, dado que mediante el descubrimiento de riesgos se impide llegar a contextos de incumplimiento. A través de las advertencias a los administrados o del efecto intimidatorio ocasionado en el resto de sujetos fiscalizados se evitan los incumplimientos (Morón, 2020).

La finalidad preventiva o adecuadora inherente a la potestad de fiscalizar genera que *la fiscalización no pueda asimilarse o confundirse con una sanción o represión*. Es por ello que la actividad fiscalizadora no puede concluir con una sanción administrativa, sino solo en medidas de recomendación dirigidas al administrado, orientadas a que este último adecúe su comportamiento a lo previsto en el ordenamiento.

Las reacciones de la Administración Pública en una fiscalización, frente a la constatación de un incumplimiento, solo pueden recaer en la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad realizada, la advertencia del hallazgo de incumplimientos, la recomendación de

la apertura de un procedimiento con el objetivo de determinar las responsabilidades administrativas correspondientes, la adopción de medidas correctivas, entre otras de índole similar (Morón, 2020, p. 22).

Lo recientemente señalado es coincidente con lo establecido por el TUO de la LPAG respecto a la conclusión de la actividad de fiscalización. En efecto, la norma precisa en su artículo 245 que la fiscalización solo podrá concluir en las siguientes formas:

- La constancia de conformidad de la actividad realizada por el sujeto fiscalizado.
- La recomendación de mejoras o correcciones respecto de esta actividad.
- La advertencia de presencia de incumplimientos que no merecen determinar responsabilidades administrativas.
- La recomendación del inicio de un procedimiento para determinar responsabilidades administrativas.
- La aplicación de medidas correctivas, entre otras formas reguladas por normas especiales.

Asimismo, la norma citada establece que la actividad de fiscalización debe pretender la finalidad orientativa: determinación de riesgos y comunicación de advertencias a los fiscalizados con el objetivo que mejoren su actividad realizada.

Como se puede colegir, la *actividad de fiscalización no puede concluir con una sanción*, pues su finalidad es meramente preventiva o adecuadora. La fiscalización únicamente analiza las actuaciones de los administrados y supervisa que estas se realicen de conformidad con las obligaciones y limitaciones establecidas por el ordenamiento.

Una vez explicada la potestad de fiscalizar, corresponde plantear las principales diferencias entre esta última y la potestad de sancionar. Recordemos que la potestad de sancionar de la Administración es manifiesta expresión del *ius puniendo* estatal. Es en virtud de esta potestad que el Estado podrá reaccionar frente al incumplimiento de las obligaciones, deberes y limitaciones por parte de los administrados, aplicándoles las sanciones administrativas que afecten directamente sus derechos fundamentales.



Ello evidencia que la potestad sancionadora tiene un *fin represivo o retributivo*, que se acciona con el incumplimiento del orden jurídico administrativo (Zegarra, 2017). Las sanciones administrativas cuentan con un carácter estrictamente represivo que contrarresta la comisión de una determinada conducta infractora.

Podemos notar entonces la primera gran diferencia entre la potestad de fiscalizar y la potestad de sancionar. Ambas contienen finalidades distintas. Mientras que la primera busca supervisar o inspeccionar el comportamiento de los administrados respecto al cumplimiento de sus obligaciones; la segunda pretende sancionar represivamente el incumplimiento de la normativa correspondiente.

La actividad administrativa de fiscalización posee una finalidad completamente distinta a la del procedimiento administrativo sancionador, ya que no pretende disuadir ni desincentivar la realización de conductas mediante la imposición de sanciones al administrado (Morón, 2020).

Ahora, es cierto que la actividad de fiscalización puede detectar hechos de incumplimiento por parte de los administrados que ameriten una sanción administrativa conforme a la normativa vigente. Sin embargo, *la respuesta sancionadora del Estado deberá ser ejercida en un procedimiento distinto: el sancionador*, no en el de fiscalización.

En este punto se rescata el carácter auxiliar o instrumental de la actividad de fiscalización. Los hechos que se detecten en la inspección pueden constituirse como el inicio para el ejercicio de otras potestades de la Administración, como la potestad sancionadora. La fiscalización prepara lo que podría constituirse como la reacción o respuesta administrativa respecto de las trasgresiones que se hayan revelado (Zegarra, 2016).

Si bien es usual que la fiscalización anteceda el ejercicio de la potestad de sanción, ello no debe ser causa de confusión entre ambas potestades. Ambas contienen finalidades distintas que exigen que sus actuaciones estén debidamente separadas. La verificación o constatación *per se* tiene una razón o motivo independiente del ejercicio de otras potestades (Sánchez, 2020).

Es por este motivo que no es idóneo que el ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración pueda insertarse dentro del ejercicio de la potestad de fiscalizar, como actualmente dispone el Código Tributario. Es necesario establecer un procedimiento sancionador especial que regule la aplicación de sanciones tributarias de conformidad con las garantías inherentes al ejercicio del *ius puniendi* estatal reconocidas por el Tribunal Constitucional.

### **3.2. Procedimiento de fiscalización tributaria orientado sólo a la determinación de la obligación tributaria**

El procedimiento de fiscalización tributaria, que es manifestación

expresa de la potestad de fiscalizar de la Administración Pública, se encuentra regulado de forma general por el artículo 62 del Código Tributario. Allí se establece que el ejercicio de la facultad de fiscalización comprende “la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios”.

La fiscalización tributaria consiste en la inspección y control del cumplimiento de obligaciones tributarias por parte de los administrados. Esta fiscalización verifica si el contribuyente viene ejecutando su comportamiento conforme a lo establecido por el ordenamiento tributario peruano. Así, dentro de las principales obligaciones que tienen los contribuyentes, encontramos la de determinar su obligación tributaria, regulada por el artículo 59 del Código Tributario.

Los contribuyentes del sistema tributario peruano tienen como uno de sus principales deberes el de determinar sus obligaciones tributarias dentro de los plazos establecidos por la Administración. *Prima facie* el procedimiento de determinación de la obligación le corresponde al contribuyente, es él quien debe puntualizar el tributo a pagar en un periodo determinado.

Sin embargo, como es lógico, el procedimiento de determinación no puede finalizar con la sola declaración del contribuyente. Es posible que los administrados consignen información inexacta o incorrecta respecto a su obligación tributaria, con la finalidad de pagar un menor impuesto al que realmente estarían obligados.

Es por ello que la Administración Tributaria tiene la potestad de controlar la determinación de la obligación tributaria efectuada por el contribuyente, en el procedimiento de fiscalización. Mediante este proceso de control, la SUNAT verifica la efectiva realización del hecho generador de la obligación, identifica al deudor tributario, señala la base imponible y, finalmente, determina la cuantía del tributo.

Este en esta línea que el artículo 61 del Código Tributario erige que la determinación



realizada por el contribuyente “está sujeta a fiscalización o verificación por la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo la Resolución de Determinación, Orden de Pago o Resolución de Multa”.

En virtud del procedimiento de fiscalización, la Administración, en caso de encontrar que la determinación realizada por el contribuyente contiene omisiones o inexactitudes, podrá modificar esta última a través de la emisión de una Resolución de Determinación. Es este acto administrativo el que establecerá la cuantía del tributo a pagar, sin perjuicio de la oportunidad que tiene el contribuyente de impugnarlo conforme a los recursos que le otorga el Código Tributario.

Es por ello que la más reconocida doctrina ha referido que la fiscalización tributaria está constituida por una serie de actos con un objetivo único y final: la determinación de la obligación (Robles, 2018). Al interior de esta fiscalización se verifica la *determinación de deuda tributaria* que ha realizado el contribuyente o se efectúa en el caso que este último no la hubiese efectuado (Chau y Villanueva, 2007). Con la conclusión del procedimiento, la Administración emite un pronunciamiento definitivo, expresado en una Resolución de Determinación, respecto de los tributos y períodos objeto de fiscalización (Gamba, 2021).

Si el procedimiento de fiscalización tributaria está orientado únicamente a determinar la obligación tributaria de los contribuyentes, no puede ser parte de dicho procedimiento la imposición de sanciones tributarias. El foco de discusión dentro del procedimiento de fiscalización tributaria se centra solamente en el tributo a pagar, sobre este aspecto controvertido estarán orientados todos los actos de defensa de los contribuyentes.

Es necesario distinguir a la fiscalización tributaria (orientada a la determinación de la obligación tributaria) de cualquier procedimiento encaminado a la imposición de una sanción del mismo tipo. La fiscalización, nuevamente, tiene una *finalidad adecuada* mediante la que se busca que el comportamiento de los sujetos fiscalizados se ajuste a la normativa tributaria; mientras que el procedimiento sancionador contiene un objetivo meramente represivo.

Ello quiere decir que la Resolución de Multa (que dispone la aplicación de una sanción tributaria) debe ser el *resultado de un procedimiento sancionador tributario especial*, no pudiendo ser producto directo del procedimiento de fiscalización tributaria, como actualmente lo dispone el Código Tributario y el RPFS. Para la imposición de una sanción tributaria es requisito ineludible haber respetado las garantías suficientes y necesarias para el ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración, lo que no ocurre en el procedimiento de fiscalización.

#### 4. Afectación al derecho de defensa de los contribuyentes

Conforme hemos desarrollado, el Código Tributario y el RPFS establecen que el procedimiento de fiscalización tributaria puede concluir no solo con la determinación de la obligación tributaria, sino también con la imposición de una sanción tributaria al sujeto fiscalizado a través de una Resolución de Multa. Esto quiere decir que el ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración se inserta dentro del procedimiento de fiscalización, por lo que las garantías con las que cuente el administrado serán las propias del procedimiento de fiscalización tributaria.

En este punto corresponde preguntarnos, ¿la actual regulación del Código Tributario para la imposición de sanciones tributarias termina afectando derechos fundamentales de los contribuyentes?

Para responder ello es necesario recordar lo establecido en el primer acápite de este trabajo respecto al ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración Pública. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, adquiere suma relevancia el principio de debido procedimiento, debiendo observarse y respetarse las garantías necesarias a efecto de que las personas puedan defenderse de forma apropiada ante la imposición de una sanción que afectará gravemente su esfera jurídica.

El principio de debido procedimiento, que es una expresión del principio de debido proceso judicial llevada al ámbito administrativo, se encuentra regulado en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Este principio erige que todo administrado debe contar con los derechos y garantías implícitas al debido procedimiento administrativo (como el refutar los cargos imputados); y que este último se rige por los principios del derecho administrativo.

Yes que el principio de debido procedimiento busca garantizar que los administrados posean las herramientas necesarias para poder defenderse adecuadamente frente a los actos de la Administración Pública que puedan afectar sus derechos. Estas garantías



que se otorgan a los administrados no pueden ser anuladas, pues ello implicaría que el acto administrativo emanado del procedimiento sea nulo, tal como lo dispone el artículo 10 del TUO de la LPAG.

En este punto podemos notar la íntima vinculación que existe entre el principio de debido procedimiento y el derecho de defensa que asiste a los administrados. Y es que, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente No. 5085-2006-PA/TC, el derecho de defensa constituye un derecho de naturaleza procesal que forma parte del ámbito del debido proceso y que con su ausencia no podría reconocerse la garantía de este último.

En tal sentido, el principio de debido procedimiento tiene como objetivo garantizar que el administrado pueda hacer uso de su derecho de defensa de forma suficiente frente a los actos de la Administración. Si en el marco de un procedimiento determinado no se cumplen con las garantías implícitas se terminará afectando el derecho de defensa de los administrados.

Cuando la Administración Pública hace uso de su potestad de sancionar debe ejercerla de conformidad a los principios de la potestad sancionadora. La sujeción a estos principios genera, como contrapartida, que el administrado cuente con las garantías “fortalecidas” que le permitan defenderse de forma adecuada frente a la imposición de una sanción.

En el marco del procedimiento de fiscalización tributaria no se le otorga al contribuyente estas garantías necesarias y suficientes derivadas del procedimiento administrativo sancionador. Y es que, en efecto, la fiscalización tributaria no tendría por qué sujetarse a dichos principios pues su objetivo es únicamente la adecuación del comportamiento de los administrados al cumplimiento de la normativa. La fiscalización no tendría por qué concluir en la imposición de una sanción tributaria, pues se trata de dos actos de la Administración completamente distintos.

Al insertar el ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración en el procedimiento de fiscalización tributaria se termina afectando el derecho de defensa de los contribuyentes, pues estos no tienen la posibilidad de defenderse adecuadamente frente a la imposición de una sanción tributaria.

El derecho de defensa, reconocido constitucionalmente en el artículo 139 de nuestra Carta Magna, garantiza que los administrados no puedan quedar en estado de indefensión en el curso de todo procedimiento. En esa línea, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente No. 6648-2006-PHC/TC ha establecido que se produce una vulneración al referido derecho cuando “cualkiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes

y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”.

El criterio planteado por el Tribunal Constitucional permite comprender mejor la vulneración al derecho de defensa producida con la actual regulación del Código Tributario. Al disponerse que la Resolución de Multa será producto del procedimiento de fiscalización tributaria, y no de un procedimiento sancionador, se le priva al contribuyente de ejercer las defensas suficientes y necesarias frente a la aplicación de una sanción tributaria.

Es necesario que la imposición de sanciones tributarias se aplique en un procedimiento sancionador especial, que otorgue al administrado la posibilidad de defenderse de forma apropiada frente a un acto que terminará afectando de forma gravosa sus derechos fundamentales. Solo dentro de este procedimiento podrán aplicarse los principios de la potestad sancionadora del Estado reconocidos por la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Asimismo, debemos recordar que una de las principales manifestaciones del derecho al debido procedimiento administrativo es la no desviación del procedimiento administrativo. Es decir, cuando la Administración aplique un procedimiento administrativo, debe aplicarlo con la finalidad de producir los resultados esperados y no otros (Morón, 2015). Se produce esta desviación cuando la Administración, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, aplica directamente una sanción tributaria a través de su actividad de fiscalización -en la que el contribuyente ejercerá su defensa de modo más sucinto y estrecho.

Por todo lo dicho, se demuestra entonces que la actividad fiscalizadora de la Administración Tributaria no puede concluir con la emisión de una Resolución de Multa, tal como lo establecen hoy en día el artículo 75 del Código Tributario y el artículo 10 del RPFS. La actual regulación del procedimiento de fiscalización tributaria termina generando una grave vulneración al derecho de defensa de los contribuyentes, garantizado por el principio de debido procedimiento.



## 5. Conclusiones

- El ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración Pública debe sujetarse a los principios constitucionales reconocidos por el Tribunal Constitucional y enmarcarse dentro de un procedimiento legal establecido. Es un requisito indispensable que el administrado cuente con las garantías suficientes y necesarias para poder hacer frente a la aplicación de la sanción que incidirá gravemente en sus derechos fundamentales.
- El Código Tributario y el RPFS disponen incorrectamente que la imposición de sanciones tributarias tiene lugar en el marco del procedimiento de fiscalización tributaria, que es manifestación de una potestad distinta: la de fiscalizar. Mientras que la potestad de fiscalizar tiene una finalidad preventiva que busca adecuar el comportamiento de los administrados a las obligaciones y limitaciones establecidas por el ordenamiento, la potestad de sancionar tiene un carácter represivo que se ejerce frente a la comisión de infracciones administrativas.
- En específico, el procedimiento de fiscalización tributaria está orientado únicamente al control de la determinación de la obligación tributaria, sobre este aspecto se centrará la controversia. Por ello, de este procedimiento no puede surgir la aplicación de una sanción a un contribuyente, que es un aspecto completamente diferente.
- Con la actual regulación tributaria, frente a la imposición de sanciones, el contribuyente contará solo con las garantías del procedimiento de fiscalización y no con las garantías "fortalecidas" e inherentes al procedimiento sancionador. Ello afecta gravemente su derecho de defensa, tutelado por el principio de debido procedimiento, pues no tendrá la posibilidad de defenderse adecuadamente frente a la aplicación de una sanción tributaria.
- Es necesario que el legislador modifique la normativa tributaria, de tal forma que la aplicación de sanciones tributarias se produzca dentro de un procedimiento sancionador especial. En él deberán reconocerse los principios constitucionales establecidos por el Tribunal Constitucional y otorgar al contribuyente las garantías suficientes y necesarias para hacer frente al ejercicio de la potestad de sancionar de la Administración.

## Referencias bibliográficas

- Cairampoma, A. (2017). *Derecho Administrativo* [presentación de diapositivas].
- Chau, L. y Villanueva W. (2007). El procedimiento de fiscalización de la Sunat. *Revista Foro Jurídico*, (7), 239-247.

Danós, J. (2019). La regulación del Procedimiento Administrativo Sancionador en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (17), 26-50.

Del Valle, L. (2017). La multa en el procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado. [Trabajo Académico para optar por el grado de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8558>

Gamba, C. (2006). El “Debido Procedimiento Administrativo” en el Ámbito Tributario. Especial referencia al Procedimiento de Fiscalización y al Procedimiento Contencioso-Tributario. *Derecho & Sociedad*, (27), 48-61.

Gamba, C. (2021). La fiscalización tributaria: derechos y garantías del contribuyente - Relatoría General. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. XV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*, (70), 15-208.

Guadalupe, J. y Vargas, E. (2015). “Subjetivando la objetividad”: A propósito de la determinación de las infracciones aduaneras. *IUS ET VERITAS*, (51), 248-259.

López, F. (2008). Principios del procedimiento sancionador. *Documentación Administrativa*, (280), 159-193. <https://doi.org/10.24965/d.a.v0i280-281.9606>

Mabel, M. (2008). Consideraciones Acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo*, (4), 107-120.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Guía para asesores jurídicos del Estado*. (2.<sup>a</sup> ed.). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526161/Guía%20práctica%20procedimiento%20administrativo%20sancionador.pdf?v=1609849061>

Morón, J. (2015). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (11.<sup>a</sup> ed.). Editorial Gaceta Jurídica.

Morón, J. (2020). La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano. *Derecho & Sociedad*, (54), 17-43.

Pizarro, L. (2019). *El procedimiento administrativo sancionador en el Tribunal de Contrataciones del Estado: afectación al principio de debido procedimiento*. [Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos



de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/16386>

Robles, C. (2018). *La SUNAT y los procedimientos administrativos tributarios. Colección Lo Esencial del Derecho* 37. Fondo Editorial PUCP.

Sánchez, L. (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. *Revista IUS ET VERITAS*, (60), 38-64.

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. (2017). Informe N°. 53-2017-SUNAT/5D1000. <https://ww3.sunat.gob.pe/legislacion/oficiosAd/2017/informes/2017-INF-053-5D1000.pdf>

Tirado, J. (2011). Reflexiones en Torno a la Potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262.

Viacava, G. (2019). *Aplicación de los principios constitucionales en el ámbito sancionador tributario peruano*. [Tesis para optar el grado de Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/14153>

Zegarra, D. (2016). La participación de los privados en la actividad de supervisión en el sector eléctrico peruano: breve aproximación a su estudio. *Themis Revista De Derecho*, (69), 123-131.

Zegarra, D. (2017). *Unidad III: Modalidades de garantía de la Administración Pública: Potestades de Fiscalización y Sancionadora* [presentación de diapositivas].

