

ESCRIVANO DE CABIL
NOMBRADO DESVM

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2017

AUTORES
Hugo Arbieta Alfaro
Diego Campos Skamperle
Betzabé Marciani Burgos
Julio Salazar Delgado
José Saldaña Cuba
María Ángela Sasaki Otani



CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ
2017



DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria n.º 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/>

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2017

AUTORES

Hugo Arbieto Alfaro

Diego Campos Skamperle

Betzabé Marciani Burgos

Julio Salazar Delgado

José Saldaña Cuba

María Ángela Sasaki Otani

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
**INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PUCP

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del
Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

Jefe del DAD

Iván Meini Méndez

Director del CICAJ-DAD

David Lovatón Palacios

Consejo Directivo del CICAJ

Armando Guevara Gil

Leysser León Hilario

Betzabé Marciani Burgos

Iván Meini Méndez

Equipo de Trabajo del CICAJ

Frida Segura Urrunaga

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Mayra Sánchez Hinojosa

Anuario de Investigación del CICAJ 2017

CICAJ-DAD | editor

Primera edición: mayo, 2018

Tiraje: 250 ejemplares

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/inicio/>

Corrección de estilo: Takeshi Kihara Falcón, Carlos Ramos Lozano

*Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5 - Perú*

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso del editor.

*Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-16312
ISSN: 2414-0872*

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
SECCIÓN I: FILOSOFÍA DEL DERECHO	7
Una defensa liberal de la universalidad de los derechos humanos y de la deliberación racional como posibles límites a la diversidad cultural en el Estado constitucional de derecho <i>Betzabé Marciani Burgos</i>	9
Comentarios <i>Gonzalo Gamio Gehri</i>	35
Respuesta de la autora	39
SECCIÓN II: DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	43
El régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario <i>María Ángela Sasaki Otani</i>	45
SECCIÓN III: DERECHO TRIBUTARIO	73
La potestad del Poder Ejecutivo para la «regulación» de las tasas <i>Hugo Arbieto Alfaro</i>	75
Comentarios <i>Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León</i>	115
Respuesta del autor	117

SECCIÓN IV: DERECHO LABORAL	119
La responsabilidad civil del empleador por la comisión de prácticas antisindicales en el ordenamiento peruano <i>Diego Campos Skamperle</i>	121
SECCIÓN V: ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN DERECHO	145
Discursos criminalizadores sobre la otredad indígena en medios de comunicación escrita durante el Baguazo (2009) <i>José Saldaña Cuba y Julio Salazar Delgado</i>	147
Comentarios <i>Silvia Romio</i>	175
Respuesta de los autores	179
SOBRE LOS AUTORES	181

PRESENTACIÓN

La quinta edición de los anuarios de investigación del CICAJ-DAD reúne artículos de diversas ramas del derecho, los cuales son producto de un proceso de reflexión académica en torno a temas que son materia de debate en la actualidad. Estos artículos han sido sometidos al sistema de revisión por pares doble ciego y a un proceso editorial que garantizan la excelencia académica que debe caracterizar la producción de nuestros docentes, egresados y alumnos.

El presente volumen comprende investigaciones realizadas por tres profesores y tres alumnos, las cuales han sido clasificadas en cinco secciones. La sección que abre este anuario es la de filosofía del derecho, que contiene el artículo de la profesora Betzabé Marciani Burgos, «Una defensa liberal de la universalidad de los derechos humanos y de la deliberación racional como posibles límites a la diversidad cultural en el Estado constitucional de derecho».

La segunda sección es la de derecho internacional público, en la cual se presenta el trabajo de la profesora María Ángela Sasaki Otani, «El régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario». La tercera sección desarrolla el tema del derecho tributario y ofrece el artículo del alumno Hugo Arbieto Alfaro, «La potestad del Poder Ejecutivo para la “regulación” de las tasas». La cuarta sección trata sobre el derecho laboral e incluye la investigación del alumno Diego Campos Skamperle, «La responsabilidad civil del empleador por la comisión de prácticas antisindicales en el ordenamiento peruano».

Finalmente, la quinta sección es la de estudios interdisciplinarios en derecho y recoge el trabajo del profesor José Saldaña Cuba y del alumno Julio Salazar Delgado, «Discursos criminalizadores sobre la otredad indígena en medios de comunicación escrita durante el Baguazo (2009)».

Para el CICAJ es grato presentar una edición más de los anuarios de investigación, con contribuciones académicas de primer nivel que enriquecerán el debate actual de la comunidad académica jurídica.

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)
Departamento Académico de Derecho

SECCIÓN I
FILOSOFÍA DEL DERECHO

UNA DEFENSA LIBERAL DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA DELIBERACIÓN RACIONAL COMO POSIBLES LÍMITES A LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO¹

Betzabé Marciani Burgos

Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

Este trabajo es una reflexión sobre los alcances y límites que debería tener el reconocimiento de la diversidad cultural en un Estado constitucional de derecho, orientado por el respeto a ciertos principios constitucionales, pero —como el Perú— signado también por el pluralismo cultural, jurídico y ético.

A partir de una breve revisión de las propuestas presentadas por el comunitarismo, el multiculturalismo, el interculturalismo y el liberalismo, se defiende una tesis liberal que establece como límite de toda práctica cultural la defensa de la dignidad y la autonomía de los individuos (traducida en términos de paridad participativa).

Si bien se resalta la importancia de la propuesta dialógica intercultural y el reconocimiento de formas alternativas de racionalidad y diálogo, se defiende el uso de razones públicas en el marco de la deliberación pública de tipo institucional.

1. Introducción

Según el Tribunal Constitucional peruano, «[...] la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de derecho y no por un Estado liberal de derecho». Asimismo, «[...] ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico»². De este modo, el Tribunal quiere resaltar que la actual Constitución peruana reconoce las bases sociales e históricas sobre las que se construye la identidad del individuo, frente a la tradicional concepción abstractamente igualitaria del Estado liberal. De ahí que la Constitución reconozca personería jurídica a las comunidades campesinas y nativas e imponga al Estado el respeto de su identidad cultural (art. 89), así como el de otras tradiciones culturales arraigadas en el Perú.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/betzabe-marciani-burgos/>.

1 Este artículo se elaboró a partir de la ponencia presentada en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, realizado entre el 26 y el 28 de mayo del 2016, en la Universidad de Alicante. Quiero agradecer al profesor Manuel Atienza, quien tuvo la gentileza de leer una primera versión de este trabajo y de hacerle valiosos comentarios y críticas.

2 Sentencia del Pleno Jurisdiccional del 13 de abril del 2005, recaída en el expediente n.º 0042-2004-AI/TC.

No obstante, el Tribunal recuerda también que existen límites al derecho a la identidad cultural y que están determinados por el respeto a los derechos fundamentales y a otros valores o bienes jurídicos constitucionales, de manera que:

[...] el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo I de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)³.

Para algunos críticos, los límites señalados por el Tribunal Constitucional y por el texto expreso de la Constitución⁴ vuelven banal e inoperante el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y suponen una suerte de imposición cultural. Se aboga, entonces, por el reconocimiento de un amplio margen de autonomía de las comunidades o pueblos indígenas y nativos, en relación con las decisiones que afectan sus formas de vida.

Desde una comprensión más crítica de las consecuencias a las que pueden llevar las demandas del multiculturalismo más radical, propongo alternativas interculturales orientadas al diálogo que, sin embargo, permitirían cuestionar cualquier posible límite a las manifestaciones culturales (como los derechos humanos universales o la idea de dignidad del ser humano), así como los criterios tradicionales de racionalidad y razonabilidad que guían el propio diálogo racional.

Este trabajo pretende ser un acercamiento crítico a algunas de estas propuestas y una defensa de las bases elementales de la concepción liberal —centrada en la garantía de la dignidad del individuo y de su autonomía— como límite a cualquier decisión colectiva, diálogo intercultural o posible acuerdo. Constituye también una defensa de la razón pública como elemento esencial en ciertos espacios de deliberación y de decisión pública.

El artículo está dividido en seis apartados, además de la introducción. En el primero se fijará claramente mi posición teórica (liberal pero no libertaria) respecto de los temas que abordaré, al igual que los límites metodológicos y temáticos de este trabajo. Asimismo, se procura dar respuesta a algunas de las objeciones que me formularon quienes revisaron una primera versión de este artículo; labor que parece ser central para entender lo que pretendo aquí argumentar (aunque, obviamente, ello no supone que mis argumentos convencan a mis críticos). Como se verá, gran parte de la posición que se tome en relación con estas discusiones supone la defensa de una determinada concepción del derecho (más o menos crítica, más o menos argumentativa, etc.), así como filosófico-moral y filosófico-política.

En el segundo apartado se hará una muy breve presentación de algunas teorías de la justicia y de sus posibles coincidencias y diferencias. Los límites de espacio y los objetivos de este

3 Fundamento número 2 de la misma sentencia.

4 Artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

trabajo conducen a que las precisiones conceptuales sean quizá poco exhaustivas y, más bien, generales. Principalmente, es de interés ubicar dónde se encuentran las propuestas interculturales que pretenden presentarse como una vía media entre las teorías comunitaristas y liberales, y que permitirían salvar las principales objeciones a estas. De un lado, serían una alternativa frente a la tendencia «parroquialista» del comunitarismo, que aleja a las comunidades del contacto y la crítica externa y, de otro, frente a la supuesta neutralidad liberal que en realidad contribuiría a afirmar las identidades que forman parte del *statu quo* imperante.

En el apartado tercero se cuestionan algunas de las propuestas interculturales por considerarse cercanas al comunitarismo, y que se manifiestan en lecturas alternativas de conceptos como el de dignidad o cuestionan la universalidad de los derechos humanos. A manera de crítica, en el cuarto apartado se tratará el modo en que estas propuestas impactan en situaciones como las referidas a los derechos de las mujeres.

En el quinto acápite se busca criticar una concepción estrecha de las tesis liberales —en ocasiones confundidas con las tesis del liberalismo económico— y se defiende una posición liberal cercana al liberalismo igualitario (no libertario), no formalista y que puede ser compatible con el reconocimiento de ciertos derechos colectivos.

Finalmente, el trabajo se cierra con una reflexión en torno a las propuestas de diálogo intercultural y su vinculación con la ética deliberativa y el modelo liberal. Se defiende una concepción flexible y no exclusivamente racionalista del discurso público, pero también la necesidad de distinguir el tipo de espacio público de deliberación en el que nos encontramos en cada caso (institucional o de la sociedad civil), defendiéndose el uso de razones públicas en el marco de la deliberación de tipo institucional. La conclusión del trabajo va en la línea de dicha propuesta.

2. Una necesaria toma de postura teórica y normativa previa

Quiero agradecer los comentarios de los evaluadores, quienes tuvieron acceso al documento original de esta investigación y que, a raíz de sus observaciones, permitieron subsanar algunos errores conceptuales (moderar, por ejemplo, alguna referencia muy general a las concepciones de la justicia que cito, así como algunas de mis alusiones a ciertos autores). Quizá lo más importante de dichas evaluaciones es que me hicieron ver que debía dejar muy clara mi posición (los presupuestos teóricos de los que parto) en torno a las discusiones centrales que abordo en este trabajo y que no pretendo dar por concluidas. Es imposible hacerlo en el espacio y tiempo del que dispongo, pero más que cerrar la discusión, este trabajo pretende ser un punto de partida para la misma⁵.

Las observaciones de mis evaluadores me han permitido anticipar y responder algunas objeciones que se me pueden formular desde determinadas teorías críticas del derecho. De cierta manera, gran parte de las respuestas que demos al modo en que deberían resolverse los conflictos de derechos o las discusiones acerca del contenido de la dignidad, la autonomía y otros derechos parten de asumir o no los presupuestos teóricos de cierta concepción de la justicia y del derecho. Mi intención no es refutar la importancia que tienen las teorías críticas ni el aporte fundamental que han tenido en América Latina —moviéndose entre el espacio académico y el activismo político— en la lucha por el reconocimiento de los derechos de las

5 Quiero agradecer también los comentarios de los reflexivos alumnos que tuve el semestre 2017-II en el curso Temas de Teoría del Derecho (Justicia, moral y derechos), con quienes pude discutir algunos de los temas que aparecen en este artículo y quienes, ya sea desde la concordancia o la discrepancia, elaboraron algunos trabajos destacados que me permitieron reflexionar una vez más sobre esta cuestión.

minorías⁶, la creación de espacios de empoderamiento de las mujeres o la lucha contra lo que María Lugones (2005) llama el monoculturalismo eurocéntrico, la marginación del conocimiento no occidental, la ceguera respecto de las relaciones de poder social (pp. 71-72), etc. De hecho, estoy de acuerdo con muchas de sus críticas al liberalismo tradicional, y principalmente a los efectos sociales y culturales, además de los económicos, que ha traído el liberalismo económico a nivel global, en perjuicio de muchos grupos tradicionalmente excluidos. También estoy de acuerdo con la importancia que, nos recuerdan, tiene el poder en el derecho (aunque no creo que debamos resignarnos a que el derecho, o lo que digan los jueces que es el derecho, deba reducirse a un juego de poder; a menos que queramos quedarnos en la mera crítica o en la esperanza de lograr un activismo judicial progresista)⁷. En todo caso, el recordatorio de la presencia del poder en el derecho y en las prácticas de los grupos humanos en general es algo que deberíamos tener siempre presente, también cuando evaluamos la justicia de las prácticas al interior de las minorías o lo que pasa con las «minorías dentro de las minorías». Lo contrario sería asumir una visión romántica o complaciente respecto de las minorías.

Mi posición parte del reconocimiento del pluralismo —cultural, ético y también jurídico— como hecho social, pero también como dato moralmente valioso, siempre que se someta a ciertos límites que, en mi opinión, están representados por los derechos humanos elementales. Estos son entendidos como un mínimo ético que —intentaré demostrar argumentativamente— van más allá de las singularidades que puedan tener las personas o grupos. En sus aspectos centrales, estos derechos están vinculados a las necesidades y capacidades que nos son comunes como humanos y deberían ser el límite del poder; no solo estatal, sino de cualquier otro tipo. Por lo anterior, defendiendo una concepción liberal centrada en la garantía de la dignidad del individuo y de su autonomía como límite a cualquier decisión colectiva, diálogo intercultural o posible acuerdo.

La mía pretende ser una evaluación normativa de la realidad (parto de asumir que existen ciertos hechos en la realidad, como el mecanismo del «arreglo» —al que me referiré luego—, los «matrimonios arreglados», la ablación del clítoris de la mujer en ciertos lugares, etc.). Entiendo que algunos de esos hechos pueden tener diferentes interpretaciones y que eso puede conducirnos a una discrepancia de tipo epistemológica y no solo moral, pero no creo en la intraducibilidad de dichas interpretaciones ni en la inconmensurabilidad de los valores que puedan tener distintos grupos humanos⁸. No es posible detenerme más en este punto (pues

-
- 6 Entiendo por minoría cualquier grupo humano que se encuentra en situación de vulnerabilidad o exclusión, producto de las injustas estructuras institucionales de una sociedad determinada (usualmente vinculado con factores redistributivos o a problemas de falta de reconocimiento). Este aspecto cualitativo, y no el cuantitativo, es el que provoca que, por ejemplo, las mujeres, que son la mitad de la población mundial, puedan considerarse una minoría en ciertos contextos. Lo mismo podría decirse del caso de las personas de raza negra en las épocas del apartheid en Sudáfrica (Prieto, 1994, p. 368).
 - 7 Lo digo en respuesta a la crítica que le hace Roger Merino a la teoría de la argumentación jurídica (TAJ). Aunque no estoy de acuerdo con su crítica a la supuesta «despolitización de los asuntos legales» a la que conduciría la TAJ (Merino, 2017, p. 239), cabe señalar que el profesor Merino ha trabajado mucho, y muy bien, una teoría crítica que pretende ser aplicable a nuestra realidad.
 - 8 Como dice Benhabib (2006): «La inconmensurabilidad radical y la intraducibilidad radical son nociones incoherentes, pues para ser capaces de identificar un patrón de pensamiento, un lenguaje —y, podría agregarse, una cultura— como los sistemas humanos de acción y significación complejos y coherentes que en verdad son, deberíamos al menos primero reconocer que los conceptos, las palabras, los rituales y los símbolos en estos otros sistemas poseen un sentido y una referencia pasibles de seleccionarse y describirse de manera inteligible para nosotros; es decir, por ejemplo, como conceptos en sí y no como meras exclamaciones. Si la intraducibilidad radical fuese válida,

exigiría un desarrollo muy amplio), pero creo que, como dice Hylary Putnam (1988): «Por muy diferentes que sean nuestras imágenes del conocimiento y nuestras concepciones de la racionalidad, compartimos un vasto fondo de suposiciones y creencias acerca de lo que es razonable incluso con la cultura más rara que consigamos interpretar» (p. 124).

No es mi intención evaluar; en este trabajo, las formas en que debería promoverse el cambio de ciertas realidades. Por ejemplo, no pretendo negar que la capacidad de agencia de las mujeres indígenas puede ser el mejor modo de solucionar las posibles situaciones de discriminación que viven o que la educación intercultural puede ser más eficaz que la justicia del juez⁹. Mi tesis es más modesta y tiene que ver con, por ejemplo, poder afirmar que eso que viven es, en efecto, una situación de discriminación que les causa dolor o que afecta su autonomía y dignidad, y que, en muchos casos, podemos decir que esas respuestas no son relativas.

Finalmente, no puedo dejar de contestar a una objeción que me hiciera uno de los evaluadores de este artículo, pues supone una crítica reiterada a la defensa de tipo liberal de los derechos que ahora propongo y está referida a la necesidad de evidenciar las múltiples violaciones de derechos y supuestos de discriminación que ocurren en nuestras sociedades occidentales y liberales que consagran la tan mentada no discriminación contra la mujer (muy pertinentemente el evaluador sostiene que mi análisis puede extrapolarse a la situación de las mujeres en la tradición católica dominante en muchos países occidentales). En efecto, esa es una realidad que, por ejemplo, ha puesto de relieve muy críticamente Wendy Brown en su respuesta a Susan Okin (conocida por su aguda crítica al multiculturalismo).

Me he referido extensamente a esta discusión en otro lugar (Marciani, 2017, pp. 134-139). Como ahí indico, para Brown, el liberalismo no es sino un producto cultural de Occidente que se disfraza de universalidad. En su opinión, tanto la autonomía como la universalidad de los principios liberales constituyen mitos que son esenciales para que el liberalismo eluda las interrogantes relativas a sus ambiciones imperialistas o a si el hecho de forzar a otros a ser libres es consistente con sus principios. Brown considera que debe sincerarse el contenido cultural del liberalismo, socavarse su pretensión de universalidad como un producto culturalmente neutral, y ofrecerse una visión más modesta y sincera de su inherente impureza o hibridez.

Como indico en el texto original (que reproduzco aquí nuevamente), los argumentos de Brown contribuyen a denunciar las situaciones de dominación o exclusión que pasan inadvertidas en nuestras sociedades liberales libres y supuestamente igualitarias. También constituyen una importante denuncia de las pretensiones imperialistas de algunos países de Occidente que, con el pretexto de la defensa de los derechos y la libertad, legitiman invasiones, guerras u otro tipo de intervenciones violentas en Estados considerados bárbaros, criminales o incivilizados. Sin embargo, su rechazo a cualquier tipo de discurso o justificación moral universal parecen conducirla desde una posición escéptica hacia un peligroso relativismo. En su esfuerzo por denunciar la falsa neutralidad del liberalismo occidental y la falsa libertad de las mujeres occidentales, Brown coloca todos los casos de discriminación o dominación de la mujer en pie de igualdad; no profundiza en sus diferencias ni en los daños que provocan y que los vuelven más o menos tolerables. Como señala Slavoj Žižek (2007), Brown descalifica la falsa libertad

no podríamos ni siquiera reconocer el otro conjunto de enunciados como parte de un lenguaje, como una práctica que está más o menos regida por reglas y es compartida en formas bastante predecibles» (p. 68).

9 Son de destacar, por ejemplo, los pronunciamientos emitidos por algunas mujeres indígenas en México a favor de la defensa tanto de su derecho a la identidad cultural (y de su pueblo) como de la necesidad de cambios respecto de aquellas tradiciones que las oprimen (Hernández, 2001, p. 11).

occidental, pero no ofrece razones para descalificar los casos de opresión que se producen en las otras realidades. De este modo, Brown se torna ciega frente a la opresión en beneficio del respeto a las otras culturas.

La propuesta que yo defiendo rescata las ideas liberales centrales de dignidad y autonomía, pero, principalmente, la fundamental noción de razonabilidad o la necesidad de ofrecer argumentos para sostener la moralidad de nuestras prácticas culturales.

3. La propuesta intercultural: ¿un punto medio entre el «liberalismo encubridor» y el «comunitarismo parroquialista»?

El multiculturalismo, como movimiento filosófico y sociológico, es una respuesta a una realidad determinada por la diversidad cultural que caracteriza a la mayoría de las sociedades actuales, ya sea por la presencia de pueblos originarios que coexisten con los que vinieron luego e impusieron el modelo de nación y Estado dominante o por el fenómeno de la migración, particularmente extenso y complejo en la actual «era de la globalización».

Se dice que una sociedad es multicultural cuando incluye más de una comunidad cultural; no obstante, el multiculturalismo hace referencia al modo en que, normativamente, se responde a dicha realidad (Parekh, 2000, p. 6). Por ello, pueden encontrarse diversas tendencias dentro del multiculturalismo y, al igual que ocurre con el comunitarismo y con el propio liberalismo, resulta siempre un tanto arbitrario y reduccionista presentar cualquier caracterización definitiva de dichas teorías. Por lo tanto, advierto que más que una empresa de definición conceptual, este trabajo busca criticar algunas de las tesis que caracterizan a algunas tendencias comunitaristas o multiculturalistas, dejando a salvo la importante discusión sobre la variedad y diferencias de autores y posturas al interior de esas teorías.

Una de las críticas que se ha formulado a cierta forma de gestionar las sociedades multiculturales —y que corresponde a cierta defensa del multiculturalismo (Sen, 2007, p. 210)— ha sido la tendencia a promover el aislamiento cultural de las minorías. Amartya Sen denomina a este fenómeno monoculturalismo plural y lo compara con lo que sería el multiculturalismo realmente valioso, el que promueve la interacción, el encuentro de culturas y tolera la mezcla¹⁰. Desde esta perspectiva, el multiculturalismo que apuesta por el diálogo se relaciona con propuestas interculturales en ámbitos como la educación, la justicia, etc.

En relación con la interculturalidad, explica Villanueva (2015):

En el siglo XXI, la interculturalidad no se limita al acercamiento y comunicación entre culturas, ni a añadir la diferencia al modelo existente. La interculturalidad se plantea como un «proyecto ético-político de acción transformativa y democracia radical» [...]. Tubino se refiere a la interculturalidad crítica como una opción societal, que reclama suprimir las causas de la asimetría social y cultural por métodos no violentos y crear nuevas formas de modernidad.

El problema central del que se parte no es la diversidad étnico-cultural sino la diferencia construida como patrón de poder colonial, a partir de la raza, que sigue trascendiendo

10 Obviamente no estamos hablando del caso especial de las comunidades o pueblos no contactados, cuya complejidad merece un tratamiento distinto y en el que existirían buenas razones para preservar el aislamiento voluntario. Como en muchos otros casos de conflictos éticos, la defensa de la universalidad de los derechos humanos o de ciertos valores morales mínimos no puede ser entendida en forma dogmática, sino a partir de una necesaria lectura del caso y las circunstancias concretas. De hecho, esa es una dimensión esencial del llamado test de ponderación de los principios constitucionales.

prácticamente todas las esferas de la vida [...]. Sin embargo, según Tubino, «[...] no hay que confundir la interculturalidad ni con el llamado nostálgico a un pasado idealizado que nunca existió (la utopía arcaica) ni con el rechazo maniqueo y en bloque a la modernidad occidental. Lo que se rechaza en la modernización es su sesgo homogeneizante y occidentalizador», el posicionamiento del europeísmo como orden exclusivo de razón, conocimiento y pensamiento, descartando la relación milenaria entre mundos biofísicos, humanos y espirituales [énfasis añadido]. (pp. 293-294)

Según Fidel Tubino (2015), la propuesta intercultural reconoce que «[e]n nuestros países, los ideales de la Ilustración conviven mezclados con valores comunitaristas» (p. 132) y, por eso, bebería de ambas fuentes.

El multiculturalismo intercultural rescataría del comunitarismo su énfasis en la constitución social de la identidad del individuo¹¹ y su crítica al liberalismo, que consideran formalista y encubridor. El carácter formalista del liberalismo alude al racionalismo de sus propuestas y al hecho de que se distancian de los aspectos contextuales que pueden provocar diversas formas de comportamiento, normas o respuestas morales, que deberían considerarse válidas según su contexto. La crítica al carácter encubridor del liberalismo se dirige a su supuesta neutralidad respecto de las particulares concepciones del bien, que no provoca otra cosa que la normalización del *statu quo* imperante¹².

El multiculturalismo intercultural tomaría también del comunitarismo su tesis acerca de la existencia de derechos colectivos (lingüísticos, poliétnicos o de autogobierno), que no pueden reconducirse a la suma de derechos individuales de sus miembros y que, en ciertas ocasiones, podrían prevalecer sobre los derechos individuales. Al contrario, el liberalismo ofrecería una visión muy reducida de los derechos entendidos como titularidades de sujetos abstractos, en vez de situados, y que no representaría lo que, por ejemplo, sería la cosmovisión que tendrían ciertos grupos indígenas respecto de su relación con la tierra y con su comunidad.

El multiculturalismo intercultural se distancia del comunitarismo (o de cierto tipo de comunitarismo), sin embargo, porque rechaza una visión de las culturas como realidades pétreas, vistas como piezas de museo que no cambian ni deben cambiar. Reconoce, por tanto, las objeciones a la visión reduccionista y singularista a que puede conducir el comunitarismo y cierto tipo de multiculturalismo¹³. Como antídoto frente al dogmatismo, propone el diálogo que provoca apertura, autorreflexión y, eventualmente, cambio.

11 En ese sentido, Taylor (1994) alude a la dimensión dialógica, y no monológica, de la mente humana y al hecho de que nuestra identidad se define «[...] siempre en diálogo, y a veces en lucha, con las identidades que nuestros otros significativos quieren reconocer en nosotros» (p. 231).

12 En su momento, Michael Sandel (2000) criticó la imagen del sujeto ubicado en la posición original de Rawls, pues en su opinión consagra una concepción individualista de la persona, en la que el yo autónomo —quizá el principal valor detrás del liberalismo— es capaz de elegir y abandonar a voluntad, sus fines y valores (pp. 84-89). Sobre el carácter encubridor del liberalismo ha tratado también Galeotti (2002), quien cree que la tolerancia liberal —basada en la idea de neutralidad pública— consagra la validez de los comportamientos de las mayorías, considerados normales, pero es ciega a los estilos de vida diferentes. Por eso, en su propuesta, la visibilidad pública de las diferencias —en términos de identidad grupal (minorías)— es lo que contribuye a la legitimación de su presencia en la esfera pública y a la inclusión, en igual condición, de quienes se consideran diferentes (pp. 90-101).

13 Amartya Sen (2007) ha criticado el desafortunado camino que ha transitado el comunitarismo desde su fundamental afirmación acerca de la constitución social de la identidad del individuo hasta su errónea concepción reduccionista de la misma. Sen rechaza la forma de entender a las culturas como realidades estáticas que deben mantenerse aisladas para poder sobrevivir conservando su pureza (lo que, como vimos, denomina monoculturalismo plural) (pp. 209-211).

4. La crítica intercultural al concepto de dignidad y a la universalidad de los derechos humanos

Uno de los problemas que encuentro con ciertas propuestas interculturales, defendidas por pensadores que se sitúan en las inmediaciones de las teorías críticas, es su crítica a la universalidad de los derechos humanos y a la posibilidad de establecer una noción, también universal, de dignidad humana.

A partir de una crítica a la propuesta liberal (vinculada a una concepción individualista de los derechos), Fidel Tubino (2015) señala que «[d]ebemos interiorizar que no hay una sino muchas maneras válidas de pensar, sentir y convivir; y que, por lo mismo, no hay una sino muchas maneras válidas de entender los derechos humanos y de ejercer la ciudadanía» (p. 177).

Lo que sostiene el profesor Tubino no plantea un verdadero dilema para el liberalismo, pues este acepta el dato del pluralismo como un elemento que contribuye al desarrollo y florecimiento de los individuos. El pluralismo es algo que reconoce y valora hoy en día el propio —el buen— liberalismo y también el constitucionalismo. El problema no es que existan múltiples y valiosas formas de vida que, en algunas ocasiones, por razones de justicia e igualdad, deban ser promovidas. El problema es cómo se deben resolver los conflictos que, por ejemplo, se pueden presentar entre los derechos individuales y las demandas colectivas, cuando eso supone la eventual instrumentalización de los individuos en beneficio del grupo.

Como dice Putnam (1988), «[...] creer en un ideal pluralista no es lo mismo que creer que cualquier ideal del florecimiento humano es tan bueno como cualquier otro. Rechazamos algunos de estos ideales como erróneos, como infantiles, como enfermos o como unilaterales» (p. 151). En esa misma línea, Otfried Höffe (2008) —quien por cierto es un gran defensor de la interculturalidad en el derecho— cree que el valor del pluralismo puede limitarse respecto de las formas de vida que dificultan o vuelven imposible una vida plena (p. 189).

La universalidad de los derechos humanos se basa en razones morales, pero también en el reconocimiento de la existencia de necesidades y capacidades humanas que son generales¹⁴:

La idea de los derechos humanos [...] se conforma con lo que hace posible a la persona en cuanto tal. Con modestia antropológica se concentra en aquellas condiciones iniciales que son las únicas en hacer posible a la persona como persona, y sólo por ello merecen el conocido calificativo de humanas: en cuanto elementos irrenunciables para el ser humano le son innatos e inalienables, tienen un rango antropológico. (Höffe, 2008, p. 192)

La dimensión argumentativa es fundamental en la defensa de los derechos humanos, de manera que no sean percibidos como una suerte de imposición cultural o sean negados a partir de una mera falacia genética¹⁵. Esto supone que, como afirma Putnam (1988), no debe confundirse el compromiso con la objetividad ética con el compromiso con el autoritarismo ético o moral, ni nuestra oposición frente al autoritarismo político o moral debe suponer un compromiso con el relativismo o el escepticismo moral (pp. 151-152).

14 La justificación de los derechos humanos parte de un núcleo de la moral, cuyo punto de partida es Immanuel Kant, pero también de la existencia de valores universales, puesta de relieve en los trabajos de Sen o Nussbaum, y que tiene como base a Aristóteles (Lukes, 2011, pp. 170-188).

15 Esta crítica a la teoría de Boaventura de Sousa Santos, y otras que también comparto, ha sido muy bien propuesta por Manuel Atienza (2017, pp. 323-329).

Por esta razón, no estoy de acuerdo con la tesis del profesor Boaventura De Sousa Santos (2002) acerca de que la universalidad de los derechos constituye un problema, en la medida en que «[s]u competencia global será obtenida a costa de su legitimidad local» (p. 66).

Una cosa es que, en efecto, ciertas culturas no vean a los derechos humanos como universales y otra cosa es que eso deba ser así. La universalidad de los derechos es una tesis normativa no descriptiva; pero lo que parece decir Santos (2002) es que incluso en términos normativos resulta cuestionable, pues implicaría imponer un modelo cultural sobre otros. Constituiría una forma de localismo globalizado y «[...] un instrumento del "choque de civilizaciones" descrito por Samuel Huntington, es decir, de la lucha de Oeste contra los demás» (p. 66)¹⁶.

Santos defiende el diálogo intercultural como un mecanismo que tienen los sujetos para reflexionar acerca de las limitaciones de sus propias culturas. En eso es distinto de quienes defienden el relativismo y la suya constituye una propuesta valiosa porque contribuye a producir el cambio sin recurrir a exigencias externas. Su tesis parte de la constatación de que las culturas no son monolíticas y, más bien, «tienen una rica variedad interna» (Santos, 2002, p. 79), pero, paradójicamente, su crítica a la imposición de los valores occidentales y su referencia al supuesto choque de civilizaciones implica, creo yo, una visión monolítica de la cultura occidental¹⁷.

Lo que quiere cuestionar Santos (2002) es el modelo liberal occidental, que construye la universalidad de los derechos a partir de una concepción cultural de la dignidad y de los siguientes presupuestos:

«[...] que existe una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; que la naturaleza humana es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad; que el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida de la sociedad o del Estado; que la autonomía del individuo requiere que la sociedad sea organizada de una forma no jerárquica, como una suma de individuos libres (Panikkar, 1984: 30)». (p. 67)¹⁸

El autor insiste en presentar una supuesta uniformidad en la concepción occidental y liberal de los derechos que en relación con algunos de los criterios que señala no es tal. Es verdad que algunos de estos elementos —como la defensa de la dignidad y la libertad del individuo— sí constituyen núcleos centrales de la definición liberal de los derechos, pero otros no.

16 La objeción de Santos (2014) a los derechos humanos universales llega a ser más radical cuando, por ejemplo, sostiene que debemos ser críticos con la ilusión del triunfalismo, que se basa en la idea de que «los derechos humanos es un bien humano incondicional» (p. 16).

No deja de ser curioso que la intensa crítica del profesor Santos (2014) a los derechos humanos, a los que califica de «culturalmente occidentocéntricos» (p.10), contraste con su entusiasta recepción del modelo de democracia participativa, sin lugar a dudas una de las grandes herencias de la democracia griega, pero que él no considera una forma de imposición cultural. Así, por ejemplo, cuando señala que: «Los pueblos son entidades políticas y no abstracciones idealizadas: no se expresan con una sola voz, y cuando se expresan, es imperativo establecer la democracia participativa como el criterio de legitimidad de las posiciones manifestadas [énfasis añadido]» (2009, p. 539).

17 Es verdad que dice que en la cultura occidental existen versiones de los derechos humanos —él se refiere a la liberal y a la social demócrata o marxista (Santos, 2002, p. 79)— y también critica lo que denomina la ilusión del monolitismo de los derechos humanos (Santos, 2014, pp. 18-21), o la idea de que no existen tensiones al interior de las teorías sobre los derechos humanos; pero su insistencia en plantear el problema de la universalidad de los derechos como una forma de imposición cultural lo arrastra a una visión singularista de la cultura occidental.

18 Una visión similar de lo que considera la tradición dominante en filosofía política y moral, cercana al universalismo (incluso mínimo), puede encontrarse en Parekh (2000, pp. 124-126).

De ser así, no habría autores que, siendo liberales, defienden la tesis de que los animales también deberían tener derechos, por ejemplo¹⁹.

En relación con la tesis de la existencia de una naturaleza humana universal y el criterio de la dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida de la sociedad o del Estado (quizá el argumento más fuerte y pacíficamente compartido por los liberales), son los fundamentos que nos llevan a reconocer que, de un lado, existen capacidades básicas que constituyen el presupuesto de cualquier vida buena y, de otro lado, existe un límite a lo tolerable (basados en la idea de dignidad como no instrumentalización del individuo). El propio Santos (2002) lo reconoce de algún modo cuando afirma que: «[...] el sufrimiento humano tiene una dimensión individual irreductible: las sociedades no sufren, las personas sí» (p. 72).

La referencia crítica al hecho de que pueda accederse a esa naturaleza humana universal a través de medios racionales parece dirigirse contra el racionalismo de las tesis liberales. Pero lo expresado en el párrafo anterior no solo puede argumentarse racionalmente, sino también constatarse a partir de consideraciones emotivas, como las que permiten reconocer y entender el sufrimiento, la frustración o el dolor que es común a todos los seres humanos. Ese es un aspecto que ha sido reconocido al interior del propio liberalismo. Autoras como Martha Nussbaum o Seyla Benhabib se han referido a la necesidad de reconocer la importancia de las emociones en el juicio moral. En ese sentido, son muy iluminadoras las palabras de Benhabib (2006b) cuando dice:

[...] a menudo se ha confundido el cognitivismo ético con el racionalismo ético, y que la poca atención mostrada a las bases afectivas y emotivas de la ética es resultado del estrecho «racionalismo» de la mayoría de las teorías neokantianas. Por «cognitivismo ético» entiendo el punto de vista de que los juicios y principios éticos tienen un núcleo articulable cognitivamente y que no son meras expresiones de preferencia ni meras afirmaciones de gusto. Implican afirmaciones de validez del tipo «X es correcto» (donde X se refiere a un principio de acción o juicio moral), lo que significa que «puedo justificarle con argumentos de por qué uno debe respetar; sostener y estar de acuerdo con X». [...]

Con «racionalismo ético» quiero significar una posición teórica que ve el juicio moral como el núcleo de la teoría moral y que desatiende el hecho de que el ser moral no es un geómetra moral, sino un ser material, finito, sufriente y emotivo. (p. 66)

Finalmente, en relación con la tesis de que la autonomía del individuo requiere que la sociedad sea organizada de una forma no jerárquica, como una suma de individuos libres, probablemente también haya muy buenas razones para defender esto, pero se trata de una discusión que exigirá una profundidad de análisis que me es imposible ofrecer aquí. Por lo pronto, me remito a las muy atendibles críticas que se le han hecho a John Rawls en relación con el reconocimiento de las llamadas sociedades jerárquicas decentes en su propuesta de un derecho de gentes.

Según Rawls (2001), las sociedades jerárquicas decentes participarían en pie de igualdad (con plenos derechos y obligaciones) en la llamada sociedad de los pueblos, junto con el resto de sociedades liberales (p. 73). La condición sería que se trate de pueblos con intenciones pa-

19 Véase: Nussbaum (2007); Singer (2003) (quien, como dice Nussbaum, siendo un «utilitarista de la preferencia», es también un liberal); De Lora (2006); etc.

cíficas respecto del resto de sociedades y que cumplan ciertos requisitos de comportamiento en su interior, como el respeto de algunos derechos básicos y el hecho de garantizar la participación de sus ciudadanos a través de su pertenencia a uno o más grupos, como la familia, las corporaciones o asociaciones etc. Por eso dice Rawls que deben contar con una jerarquía consultiva decente²⁰.

El problema con esta tesis es que, como dice Nussbaum, nos arrastra a consecuencias antiliberales que no solo entran en contradicción con la propia filosofía de Rawls, sino que podrían legitimar, en la sociedad de los pueblos, la violación de derechos individuales de los miembros de las sociedades jerárquicas decentes. Esto es así porque no sería la voluntad de los individuos la que se tomaría en cuenta, sino la del grupo al que pertenecen y que supuestamente los representa²¹.

5. La idea de los derechos humanos como intromisiones etnocéntricas y el caso de las mujeres

Algo valioso de la propuesta intercultural es que no demandaría el automático y acrítico respeto de la diversidad cultural, sino que permitiría apreciar y cuestionar, con base en la deliberación, el valor de las prácticas culturales y en ese sentido contribuiría al cambio cuando sea necesario. No obstante, el problema surge cuando la propia práctica deliberativa se somete a costumbres excluyentes y cuando los criterios que deberían regir la misma (como la igualdad y libertad de los participantes) se aprecian como intromisiones etnocéntricas. El ejemplo más palpable de esto lo constituye el caso de la muy restringida participación de la mujer en los espacios de deliberación pública en algunas comunidades indígenas o su nula participación en los espacios de toma de decisión sobre aspectos que conciernen a su propia vida y bienestar.

Entiéndaseme una vez más: no estoy afirmando que esa sea la situación de la mujer en todos los pueblos o grupos indígenas²², ni siquiera que esa sea la generalidad de los casos, sino que, de hecho, es una situación que ocurre y que (como otras situaciones de exclusión que incluso nos pueden resultar más cercanas) debe ser valorada moralmente.

Un ejemplo de ello es el llamado mecanismo del arreglo, que es de uso habitual en algunas comunidades indígenas y está orientado, entre otras cosas, a evitar el empleo del llamado derecho de venganza y a restaurar la paz en la comunidad (Peña, 2009, p. 75). Como refiere Antonio Peña (2009), en los casos de violación sexual de mujeres la sanción del culpable depende de la decisión de los padres de la agraviada. Según el *Reglamento de Jefe de Justicia Aguaruna* de 1989, por ejemplo, en este tipo de ilícito está previsto un castigo de entre dos y tres meses de calabozo; sin embargo, los familiares de la mujer pueden variar dicha pena por un arreglo económico (p. 56).

Esta solución puede resultar óptima en términos pragmáticos, pues al parecer evita la venganza y la perpetuación de la violencia entre familias, pero me parece que incurre en una

20 He tratado este tema en *Justicia y paz en la era global: Reflexiones a partir de El derecho de gentes de John Rawls* (Marciani, 2013).

21 Las críticas de Martha Nussbaum a la tesis de Rawls aparecen en Nussbaum (2007, pp. 227-264).

22 En el primer apartado me he referido a la agencia de las mujeres al interior de los pueblos indígenas y a su capacidad para promover el cambio, de manera que no estoy desconociendo ni minusvalorando esa realidad. De hecho, fue muy revelador ver que en la reciente visita que realizó el papa Francisco a la selva peruana fueran mujeres quienes, en gran medida, representaron la voz de sus pueblos a través de demandas de hondo contenido político y social.

inadmisible respuesta utilitarista, debido a que no toma en cuenta la situación de la mujer; sino los intereses de las familias o incluso de la comunidad.

Se me puede objetar diciendo que no se trata de una solución utilitarista que instrumentaliza al individuo, en la medida en que —y al contrario que el ineficiente derecho penal estatal— sí toma en cuenta la situación de la mujer; ya que resulta más eficiente para ella contar con una reparación económica que con la condena a pena privativa de libertad del violador. No obstante, en la medida en que esto se une al hecho de que la mujer no forma parte de los espacios públicos de deliberación (y en este caso concreto, ni siquiera de decisión, pues esto queda a cargo de los varones de su familia), no es posible acreditar que con esas medidas realmente se satisfaga, de algún modo, sus intereses. La eficiencia es apreciada en términos absolutamente externos a la víctima. La mujer es vista como paciente y no como agente²³; paradójicamente, lo contrario de lo que precisamente demandan las minorías culturales en su relación con la cultura mayoritaria.

No solo la imposibilidad de la mujer de ser autoridad o de participar en los espacios formales de toma de decisión serían casos inadmisibles de diversidad cultural. También lo serían ejemplos como la existencia de matrimonios arreglados de niñas y adolescentes, la consagración del deber de obediencia de la mujer respecto de los requerimientos sexuales del marido, la capacidad del marido de disciplinar a su mujer en casos de adulterio o la presunción de culpabilidad de la mujer en esos supuestos (Villanueva, 2014, pp. 17-19).

Serían inadmisibles en un Estado constitucional, pues todos ellos significan tratos discriminatorios que afectan la igualdad, la libertad y la dignidad de la mujer; y que no creo que dependan de una lectura cultural, relativista, de estos valores, sino de reconocer un mínimo de elementos necesarios para que sus vidas merezcan ser vividas.

El enfoque de las capacidades, defendido por Sen y Nussbaum, está estrechamente vinculado con el concepto de libertad del individuo, que no se limita a la libertad formalmente reconocida, sino que se refiere a la libertad que verdaderamente puede ejercerse, lo que supone satisfacer previamente ciertas necesidades y tener ciertas capacidades. La capacidad del sujeto supone contar con las herramientas necesarias y suficientes para que pueda llevar el tipo de vida que libremente ha elegido.

En ese sentido, la educación básica que libra a las mujeres del analfabetismo, el no estar sometidas a la violencia o la dominación, la atención sanitaria más elemental y algunos puntos más constituyen capacidades elementales para que cualquier mujer pueda elegir un plan de vida que pueda considerarse valioso, precisamente por ser elegido en libertad (incluso si dicha elección las lleva a decidir vivir una vida de recato o sumisión)²⁴.

23 Sen se refiere a esta distinción en Sen (2000, p. 28). El concepto de agente que es empleado por Sen (2000) es el de «[...] la persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos, independientemente de que los evaluemos o no también en función de algunos criterios externos» (p. 35).

24 El aspecto de la libertad o agencia es central en la tesis que defiendo. Algunos críticos podrían señalar que la valoración acerca de la libertad de las mujeres al interior de ciertas culturas solo puede ser; también, interna. Lo contrario sería una forma de calificación sesgada por la perspectiva del observador externo. De hecho, ese es un problema que puede presentarse. En tal caso, más que ante una discusión moral estaríamos ante un problema de tipo epistemológico. Sin embargo, creo que negar la posibilidad de calificar lo que ocurre en otra cultura (dejando a salvo el hecho de que, en efecto, deberíamos tratar de contar con toda la información sobre los hechos que trate de ser lo más objetiva posible) es caer en una concepción cercana a la llamada tesis de la incommensurabilidad, a la que ya me he referido antes, y que, como dice Putnam (1988), se autorrefuta a sí misma (pp. 118-131). Por esa

«Promover capacidades es promover áreas de libertad», dice Nussbaum (2012), y por ello, desde esta opción, «[...] la libertad tiene un valor intrínseco» (p. 45). Esta es una opción liberal, sin duda, pero es la que mejor garantiza la justicia para los que son menos y más débiles (las minorías y las minorías dentro de las propias minorías). Al contrario, la defensa de la tradición en ocasiones suele representar la voz de quienes tienen el poder o el acceso a los medios de expresión, pero no de quienes son directamente afectados por esa tradición. Como dice Sen (2000):

[...] ni los «guardianes» nacionales o locales —ni los *ayatollahs* (u otras autoridades religiosas) ni los dirigentes políticos (o los gobiernos dictatoriales) ni los «expertos» culturales (nacionales o extranjeros)— pueden impedir a nadie participar en la elección de las tradiciones que deben mantenerse. La indicación de que existe un conflicto real entre la preservación de la tradición y las ventajas de la modernidad exige una resolución en la que participe todo el mundo, no el rechazo unilateral de la modernidad en favor de la tradición por parte de los dirigentes políticos, de las autoridades religiosas o de los admiradores antropológicos del legado del pasado. (p. 51)

¿Por qué la concepción tradicional basada en la idea de un cierto orden natural o cósmico o en la supuesta preservación de la propia vida de la comunidad —lo que en mi opinión resulta desproporcionado y conduce a una visión monolítica de la cultura²⁵— tendría que prevalecer a costa del sufrimiento y la dominación de las mujeres? Las costumbres o supuestos derechos culturales en estos casos deberían ceder frente a los derechos de las mujeres y demás minorías, no importa si con ello se consagra una supuesta concepción occidental de la autonomía y la libertad. Como señala Sen, solo la distorsión que provoca una mente colonizada impediría ver el valor que tienen los derechos humanos y su universalidad²⁶. En ese mismo sentido dice Nussbaum (2002):

razón, me parece central que, con las dificultades que eso supone, se ponga en el énfasis en la posibilidad de valorar la autonomía que tienen las mujeres para tomar decisiones sobre sus vidas dentro de su comunidad. Si tales decisiones suponen someterse autónomamente a las decisiones de otros (sus padres, los varones de la comunidad, las autoridades tradicionales, etc.), entonces habría que respetarlas como, por ejemplo, respetamos los votos de obediencia de un sujeto religioso, aunque no los podamos compartir. El peligro de la falsa conciencia es, sin duda, un problema potencial, que habría que tomar en cuenta con suma cautela, pero que está presente también en las decisiones que toman muchos sujetos en las comunidades que nos resultan más cercanas (las religiosas, por ejemplo). Lo que no comparto de ningún modo es que se nos diga que no tenemos la capacidad ni el derecho (en ocasiones hasta el deber) de valorar moralmente situaciones que, en principio, parecen cercanas a supuestos de discriminación, violencia o falta de libertad.

25 Por ejemplo, esto es lo que ocurre con la descripción que hace Jomo Kenyatta de la práctica de la ablación del clítoris en la cultura *gikuyu* y cuya abolición, en sus términos, «[...] destruiría el símbolo tribal que identifica a los grupos de edad e impediría a los *gikuyu* perpetuar el espíritu de colectivismo y solidaridad nacional que vienen manteniendo desde tiempo inmemorial» (Lukes, 2011, p. 137).

Como dice Lukes (2011), siguiendo a Mary Midgley, esta visión consagra una concepción de las culturas que es irreal e ahistórica. Es producto de una ilusión fabricada por los primeros antropólogos y «[...] por fabricantes de mitos —empresarios culturales— empeñados en unificar a los grupos imaginariamente, presentando sus costumbres como cosas sagradas e inmodificables» (p. 149).

26 Sen se ha referido a la actitud reactiva frente a los llamados valores occidentales, que es propia de las culturas tradicionalmente oprimidas o excluidas y que se debe a los procesos de colonización. Lo que él llama «mente colonizada» produce una fijación parasitaria con Occidente (bien por admiración, bien por resentimiento), que conduce a perpetuar una situación de dependencia psicológica —«Los amos coloniales de ayer siguen ejerciendo una enorme influencia sobre la mente poscolonial actual» (Sen, 2007, p. 130)— y que lleva a que, extrañamente, los no occidentales se perciban a sí mismos como los otros (Sen, 2007, pp. 126-143).

Una cosa es, entonces, decir que necesitamos conocimientos locales para comprender los problemas que enfrentan las mujeres, o dirigir nuestra atención hacia ciertos aspectos de la vida humana que la gente de clase media tiende a considerar como dados. Pero otra cosa totalmente diferente es afirmar que ciertos valores muy generales, como la dignidad de la persona, la integridad del cuerpo, los derechos y libertades políticos básicos, las oportunidades económicas básicas, etc., no son normas apropiadas para ser utilizadas en la evaluación de la vida de las mujeres en los países en desarrollo. (pp. 75-76)

Las críticas de Sen y de otros autores al enfoque singularista de la identidad humana constituyen importantes advertencias para aquellas naciones que, como la nuestra, tienen una historia marcada por el colonialismo, la exclusión, y las legítimas luchas por el reconocimiento y la igualdad de las minorías culturales. Aunque se debe resaltar la importancia del reconocimiento del pluralismo ético y cultural —una reivindicación de la ineludible dimensión social del individuo— resulta también fundamental no perder la perspectiva de aquello que nos une como una comunidad política. El conjunto de principios sobre los que se construye nuestra comunidad política y que han sido consagrados en nuestra Constitución no es ajeno a una concepción moral mínima basada en ciertos valores como la dignidad, la igualdad o la libertad. Se trata de una concepción inevitablemente vinculada con la tradición liberal, en su mejor versión, que es capaz de reconocer el pluralismo, pero que sitúa al individuo y sus derechos en el centro y en el límite de cualquier discusión moral y de todo objetivo colectivo.

6. ¿Es el liberalismo contrario a los derechos colectivos de los pueblos indígenas? El caso de la propiedad y la relación con la tierra

Una de las importantes objeciones a la interpretación ilustrada de los derechos humanos estaría referida a su concepción instrumental de la naturaleza (Tubino, 2015, p. 133). Como dice Tubino (2015), para la visión indígena de los derechos, el derecho a la vida estaría conectado a la tierra: «La tierra no es una *res extensa*. La tierra es el “hábitat”. Su valor de uso está supereditado a su valor simbólico y a su significación ontológica. El vínculo con la tierra no es el de la apropiación privada» (p. 86).

Creo que esta crítica y las referidas a la vocación imperialista de los modelos de desarrollo económico y cultural de tipo neoliberal son pertinentes y atendibles²⁷, pero ello no necesariamente implica un rechazo a la concepción liberal. En todo caso sería una crítica al liberalismo entendido en términos económicos, pero no necesariamente filosóficos.

Como advierte Victoria Camps, se debe procurar distinguir entre valores éticos y valores simplemente culturales, porque muchas veces no existe un verdadero dilema ético entre los valores culturales y los principios universales, sino respecto de esos valores culturales y el ideal occidental de desarrollo, hoy ampliamente extendido en el mundo gracias al fenómeno de la globalización. Por eso, para Camps (2004): «El problema fundamental hoy es que la cultura, los valores culturales sin más, no se miden, de hecho, desde patrones éticos, sino desde cánones de la cultura de masas, que es la cultura de los países ricos y desarrollados, de las sociedades industriales orientadas al crecimiento» (p. 96). De forma similar, Höffe (2008) sostiene que:

²⁷ Véase al respecto lo dicho por el propio Santos (2002) y también por Lipovsky y Juvín (2011).

El peligro de un «imperialismo cultural» no amenaza de lado de los principios jurídicos universales, sino desde otros ángulos, por ejemplo, desde la «exportación» de modelos de comportamiento, de costumbres de consumo y de culturas foráneas (desde la cultura pop pasando por los bienes educativos hasta la lengua). (p. 180)

Una concepción liberal, basada en el respeto de la dignidad del individuo y el reconocimiento de su libre desarrollo, al igual que de los grupos culturales de los que forma parte —entendidos como espacios valiosos de realización y no como prisiones de las que no puede apartarse si así lo elige— es perfectamente compatible con el reconocimiento de ciertos derechos colectivos²⁸ y con diversas formas de entender el derecho de propiedad, por ejemplo.

La consagración de la propiedad privada como derecho de primer nivel obedece a una lectura liberal lockeana, que no es compartida por todas las tendencias liberales, sino principalmente por las más libertarias²⁹. Por tanto, es posible aceptar concepciones de propiedad no individual e incluso concepciones que proponen una relación con la naturaleza que no es de tipo instrumental. El Derecho debería ser sensible a esas distintas concepciones del mundo. Como afirma Benhabib (2006b):

Al contrario de lo que suponía Kant, mientras sirvan a la satisfacción de los intereses de cada individuo y esto pueda ser libremente aceptado por todos, son moralmente permisibles numerosas formas de acuerdo de propiedad [...]; lo que está en juego no es la propiedad como tal sino otros valores morales como el bienestar general y el modo correcto de distribuir recursos escasos. (p. 50)

En el conocido caso *Tres Islas*, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la particular relación con la tierra que mantienen algunos pueblos originarios del Perú desde tiempos ancestrales. En ese sentido, sostuvo que es necesario recomponer la tradicional concepción civilista del derecho de propiedad y tratar de tomar en cuenta los aspectos culturales de los pueblos indígenas, principalmente, «[...] en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades

28 Como dice Villanueva (2014), el Estado constitucional se basa en el concepto de derechos individuales (p. 7), lo que no impide que pueda incluirse también otros derechos de corte colectivo, tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT o como ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en el caso de los derechos de las comunidades indígenas.

29 Bobbio (1986) dice que el liberalismo puede ser entendido en tres sentidos: como una teoría económica (que defiende el modelo de libre mercado); como una teoría política (que se basa en la idea del Estado limitado y neutral) y como un liberalismo ético (condición de las dos anteriores y que parte de la idea de libertad del individuo) (pp. 89-919). Como explica Swift (2016), el liberalismo es una doctrina moral débil, que no promueve ninguna forma de vida buena en particular ni —al contrario de lo que afirman muchos críticos comunitaristas— patrocina tampoco una suerte de individualismo egoísta. La conocida referencia al individualismo apunta a la importancia que brinda a la libertad y a la autonomía de los individuos como elementos fundamentales para su bienestar; no a su egoísmo (p. 190). Véase también la crítica a las críticas comunitaristas contra el liberalismo (Swift, 2016, p. 188 y ss.). Hoy suele hablarse de liberales libertarios e igualitarios. Entre los primeros se suele citar a Hayek, Milton Friedman o Nozick; entre los últimos a Dworkin o Rawls, por ejemplo. Ambos tienen en común la defensa de los derechos individuales y la concepción de un Estado controlado y neutral respecto de las llamadas concepciones del bien, pero discrepan sobre el control que pueda tener el gobierno en la economía, en la extensión del llamado Estado de bienestar y en el énfasis que se le debe dar al derecho de propiedad (derecho que para los libertarios puede comprender incluso el propio cuerpo). Véase: Brennan (2012); Barbarosch (2013, pp. 49-80); Gargarella (1999, pp. 45-97).

para con sus territorios»³⁰. Me parece que es una forma de mirar el Derecho y los derechos de un modo más flexible y sensible a la realidad, sin por ello representar una opción antiliberal en lo esencial: esto es, en relación con el innegociable límite del respeto a la dignidad del individuo.

Coincido completamente con Manuel Atienza cuando —en su crítica a Santos— señala que la defensa de los derechos colectivos no es incompatible con el individualismo ético (distinto del individualismo sociológico o epistemológico), que está en la base del concepto de dignidad. Como señala Atienza (2017):

[...] ese individualismo ético (que va unido al universalismo ético y al valor de la dignidad) es precisamente la base para justificar la obligación (y correspondiente derecho) de proteger a todos los individuos sin excepción y, por tanto, también a los que forman parte de pueblos indígenas (y con mayor intensidad, en la medida en que su situación sea peor que la de otros), o a los individuos de las generaciones futuras. Obviamente, el individualismo y el universalismo moral no supone tampoco ningún obstáculo para reconocer «[...] el derecho colectivo a existir como pueblos distintos», aunque en este caso bajo la condición de que eso no puede significar la justificación de medidas que supongan sacrificar al individuo en aras de la comunidad [...]. Quizás pueda hablar de «derechos humanos» sin más quien parta de una concepción «animada» de la naturaleza, como ocurre con ciertas culturas del presente (y ocurrió también, pero en tiempos pretéritos, en la cultura occidental), pero esa, efectivamente, sería una vía cerrada para quien opta por el racionalismo filosófico. Para estos últimos (y creo que no es muy claro si a Santos habría que incluirle o no aquí), hablar de «derechos de la naturaleza» solo podría hacerse en un sentido metafórico y para referirse, en realidad, a las obligaciones que todos tenemos en relación con la naturaleza, precisamente como manera de proteger (indirectamente) la dignidad de las personas. La defensa de todos estos derechos humanos (con las precisiones indicadas) es un lugar común de muchas de las concepciones liberales contemporáneas y, más en particular, de las que representan el llamado «liberalismo igualitarista». (p. 327)

7. La apuesta por una ética deliberativa y el problema de la razón pública y las racionalidades múltiples

Uno de los aspectos más valiosos de la propuesta intercultural es su apuesta por el diálogo entre culturas. El diálogo contribuye a hacernos conscientes de nuestras limitaciones, a aprender de los otros y a generar cambios en nuestras maneras de pensar y de actuar. La propuesta de la hermenéutica diatópica de Santos (2002), por ejemplo, parecería contribuir a la revisión de las tradiciones y ofrecería un ambiente propicio para la incorporación de los derechos humanos en las culturas no occidentales (p. 75).

Mi objeción en este caso apunta a las condiciones en que se desarrollaría dicho diálogo intercultural (ya me he referido antes al problema de la exclusión de las mujeres en los espacios de deliberación y de decisión público-políticos) y a la eventual introducción de razones no públicas (en términos de Rawls³¹) en ciertos ámbitos de discusión.

30 Fundamento 21 de la sentencia recaída en el EXP.n.º 01126-2011-HC/TC.

31 Las razones públicas son aquellas que en el debate sobre aspectos centrales de la justicia pueden ser entendidas y aceptadas por cualquier sujeto racional y razonable que participe de la discusión y esté orientado por un deber de civildad. Para Rawls (1995), «[...] el ideal de la ciudadanía impone un deber moral (no legal) —el deber de la civildad— para poder explicarse unos a otros, acerca de esas cuestiones fundamentales, cómo los principios y las

Sobre lo primero, no volveré sobre las críticas ya indicadas antes. Solo quiero señalar que comparto el tipo de propuestas defendidas por Nancy Fraser o Seyla Benhabib y que, en gran parte, tienen su origen en las tesis de Jürgen Habermas³².

Conceptos como el de paridad participativa³³, que defiende Nancy Fraser, son buenos criterios para determinar la validez de las reivindicaciones de ciertos grupos, como las minorías culturales, y la necesidad de establecer cambios institucionales o políticas públicas dirigidas a lograr un mayor grado de justicia.

A partir del concepto de paridad participativa, Fraser (2006) considera que se debe evaluar si —dadas las normas aprobadas por la mayoría— las minorías tienen una efectiva capacidad de participar en el diálogo (nivel intergrupal), pero también si al interior de dichas minorías los miembros que la conforman —o incluso los individuos que no son miembros, pero que pueden verse afectados— tienen esa capacidad de participación (nivel intragrupal) (pp. 46-47). De este modo, al analizar el caso del reconocimiento de grupos culturales, dice Fraser,

políticas que preconizan y por las que votan pueden apoyarse en los valores políticos de la razón pública» (p. 208). Nussbaum, por su parte, resalta el «[...] compromiso fundamental del respeto mutuo y de la reciprocidad, sobre los cuales se basa toda la concepción política» y que se manifiesta a través del uso de razones públicas en la discusión de ciertos temas: «Estos son los llamados por Rawls “mínimos constitucionales y elementos de justicia básica”, que incluyen tanto aspectos estructurales —cómo son definidas y articuladas las instituciones políticas básicas, “los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; el alcance de la regla de mayorías”» (Rawls, 2005, p. 227)— como la definición de los fundamentales: «[...] el igual reconocimiento de derechos básicos y de libertades políticas [...] tales como el derecho al voto y a la participación política, la libertad de conciencia, de pensamiento y asociación, y las garantías propias del Estado de Derecho» (Rawls, 2005, p. 227). En la esfera económica, el mínimo vital «[...] que provea las necesidades básicas de todos los ciudadanos» es un elemento esencial, pero no lo es el llamado “principio de la diferencia”, el elemento de la teoría de Rawls más polémico y demandante» (Nussbaum, 2014, pp. 18-19).

- 32 Esencialmente, y de forma muy simplificada, en la idea de que, en una situación ideal de habla (esto es, de acuerdo con ciertas condiciones ideales de diálogo, como la igual oportunidad de participación de los sujetos, la libertad y la ausencia de violencia de los participantes, que son individuos racionales que se dejarán convencer por la sola fuerza del mejor argumento) es posible evaluar la validez de las normas morales y jurídicas que nos regulan. Según Habermas, la pretensión de validez de las normas a través del principio del discurso [«Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales» (Habermas, 2005, p. 172)] y del principio de universalización [«una norma es válida únicamente cuando las consecuencias y efectos laterales que se desprenderían previsiblemente de su seguimiento general para las constelaciones de intereses y orientaciones valorativas de cada cual podrían ser aceptadas sin coacción conjuntamente por todos los interesados» (Habermas, 1999, p. 178)] no es etnocéntrica, sino universal. Como explica el filósofo alemán, la actividad de argumentar con el propósito de convencer a nuestros oponentes de la corrección de nuestras afirmaciones (de la pretensión de validez de las mismas), es un dato que se advierte, en general, en cualquier práctica argumentativa (Habermas, 1999, pp. 179-180).
- 33 «Este principio, deontológico y no sectario, asume tanto la razonabilidad del desacuerdo ético como la igualdad de valor moral de los seres humanos. En principio, es compatible con todas las formas de entender la vida buena que respeten la igualdad de autonomía, tanto de quienes suscriben una determinada forma de ver las cosas como la de quienes no. Sin embargo, al mismo tiempo, el principio de la paridad participativa articula una interpretación específica de lo que exige ese respeto. Rechaza, por insuficientes, las ideas formales de igualdad y mantiene que, para respetar la igualdad de autonomía y de valor moral de los demás, es preciso concederles el estatus de participantes de pleno derecho en la interacción social. Eso significa, además, garantizar que todos tengan acceso a los prerequisites institucionales de la paridad participativa, sobre todo a los recursos económicos y a la posición social necesarios para participar por igual con los demás. Desde este punto de vista, todo lo que suponga un recorte de la paridad participativa constituye una negación de la igualdad de respeto, y la negación del acceso a los prerequisites de la paridad participativa es una burla del compromiso profesado de la sociedad con la igualdad de autonomía» (Fraser, 2006, p. 172).

debemos centrarnos en el problema de la paridad participativa y no en la idea de identidad menospreciada que debe ser redimida, y que es la que tienen muchos multiculturalistas. El cambio de perspectiva es muy importante para evitar tanto una visión esencialista de la cultura, como el ocultamiento de las injusticias que se producen al interior de los grupos.

Benhabib (2006a) coincide en la importancia de escuchar la voz de los excluidos en el diálogo público, aun cuando sus intereses «[...] no se puedan expresar en el lenguaje aceptado del discurso público, pero cuya presencia misma en la vida pública puede forzar los límites entre necesidades privadas y reivindicaciones públicas» (p. 22). Ciertamente, ese sería el caso de los pueblos indígenas tradicionalmente excluidos del proceso de toma de decisión estatal referido a las actividades económicas extractivas que afectan su hábitat (el caso más patente en el Perú, por los conflictos que ha producido, es el de la minería). Pero este criterio también debería ser aplicable a las llamadas «minorías dentro de las minorías» (como el caso de las mujeres, al que ya me he referido).

En relación con el tipo de razones que deberían aceptarse en el diálogo intercultural, debe tenerse una perspectiva abierta y no exclusivamente racionalista, que termine excluyendo a quienes no se adecúan al lenguaje tradicionalmente aceptado en el discurso público. No obstante, eso debería depender del contexto o espacio de deliberación en el que nos encontremos.

Iris Young considera que es importante reconocer la importancia de formas de comunicación alternativas al discurso racional, típicamente combativo (o de razones que compiten entre sí para ganar) y que es el modelo que se sigue en los debates parlamentarios o ante los tribunales, por ejemplo³⁴. La autora cree que también es necesario reconocer y valorar el tipo de discurso exploratorio o conciliatorio en el que el uso de recursos como el saludo, la retórica y la narración son importantes (Young, 2000, pp. 44-55)³⁵.

El tipo de comunicación al que alude Young permite lograr objetivos como la comprensión del (no identificación con) otro y es, sin duda, muy importante en espacios en los que la sola razón no ha sido suficiente para promover cambios en la actitud de las personas respecto de las situaciones de las minorías³⁶.

34 Young (2000) cree que el estilo combativo —que privilegia la deliberación racional y desapasionada y se somete al discurso bien estructurado, que parte de premisas bien ordenadas que llegan a una conclusión— puede terminar silenciando a grupos culturalmente diferentes, muchos de cuyos miembros «[...] sienten que deben excusarse por sus discursos cargados de titubeos y carentes de dirección» (p. 46).

35 De forma semejante, Tubino (2015) piensa que el Estado liberal debe «[...] descolonizar culturalmente las esferas públicas» (p. 36), dominadas por una racionalidad analítico-sintética. Recuerda, además, que en el caso de los pueblos indígenas prima una sabiduría diferente de la conceptual y más vinculada con lo poético. De este modo, es usual el empleo de metáforas o figuras retóricas que no se presentan como adornos del lenguaje sino como «[...] formas de organizar el pensamiento, de comprender el mudo y de entender las experiencias» (Tubino, 2015, p. 52).

36 El acercamiento a ciertas obras literarias es una forma de lograr este tipo de comprensión. El juez Richard Posner, por ejemplo, ha reflexionado sobre el modo en que la lectura de *El Banquete* de Platón influyó en su percepción de la homosexualidad. Según Nussbaum, ese tipo de educación tardía en Posner puede advertirse en un caso sobre chantaje que resolvió tiempo después y en el que evidenció un alto grado de empatía respecto de la situación de vulnerabilidad de los homosexuales (véase: Nussbaum, 2005, pp. 235-237). Este sería un buen ejemplo de cómo la narración y el discurso emotivo contribuyen a lograr cambios en nuestra manera de pensar.

Sobre la importancia de esta forma de educación sentimental también ha escrito Rorty (2000), aunque desde una mirada muy escéptica —que no comparto— acerca del modo en que el pensamiento racional puede llevarnos al progreso moral. Así, por ejemplo, cuando dice que se debería «[...] pensar en la expansión de la cultura de los derechos humanos, no como una cuestión de hacerse más conscientes de las exigencias de la ley moral, sino como lo que Baier denomina “un progreso de los sentimientos”. Dicho progreso consiste en la creciente capacidad de ver las similitudes entre nosotros y los otros que son muy diferentes a nosotros como si sobrepasaran a las diferen-

Un ejemplo importante de la utilidad de la narración y las emociones en el debate público se ha evidenciado en el caso de la búsqueda y difusión de los testimonios de las víctimas de la violencia política, realizadas por las Comisiones de la Verdad y Reconciliación en los países que han pasado por estos procesos, como es el caso del Perú. La exposición pública de dichos testimonios ha contribuido a la discusión acerca de cómo la pobreza, el racismo, la discriminación y la indiferencia contribuyeron a la violencia, principalmente cuando las víctimas eran miembros de comunidades quechua hablantes y otras minorías.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el debate público no siempre debe tener cabida —o igual nivel de valoración— el lenguaje no estrictamente racional (narrativo, metafórico, emotivo, etc.). Eso depende del espacio de deliberación pública en el que nos encontramos en cada caso. Lo contrario sería dejarnos arrastrar por un entusiasmo inclusivo acrítico y peligroso. Por eso, comparto totalmente la crítica de William Twining (2003) a las concepciones posmodernas (como la de Santos):

Un tema popular en el postmodernismo, pero no limitado a este, es que cierto tipo de miradas a las cosas, ciertas perspectivas, puntos de vista, discursos, visiones, etc., tienden a ser «privilegiados» (en un sentido socio-político), mientras que otros se vuelven marginales o se suprimen. Por ejemplo, los sociólogos demuestran las «visiones oficiales» y lo que pasa por el «sentido común»; las feministas se quejan de la represión del punto de vista de las mujeres, los especialistas críticos hablan de «voces no escuchadas», «narrativas olvidadas», etc. Yo personalmente siento una gran simpatía por algunas de estas quejas, siempre que no se las exprese en términos de una nueva epistemología o metafísica. Estoy de acuerdo en que se puede demostrar que lo que pasa por conocimiento o sentido común en una sociedad dada es parcial, tendencioso o simplemente falso. Pero tales ideas presuponen antes que rechazan una ontología y algunas concepciones de evidencia, inferencia y conclusiones garantizadas. (p. 250)

Eso quiere decir que, por ejemplo, en el campo del conocimiento científico, aunque es posible aceptar el carácter social de la investigación científica y la parcialidad o incluso falsedad del conocimiento en ciertos casos, esto no puede llevar a considerar que los estándares de validez o los conceptos de la ciencia son todos relativos o meras construcciones sociales o culturales³⁷. Habría que preguntarse, entonces, qué límites tendría la demanda de reconocimiento de un derecho al conocimiento alternativo de los pueblos originarios que, por ejemplo, propone Santos (2009) como una forma de reivindicación frente a lo que llama un «epistemicidio» al que habría sido sometido este tipo de conocimiento tradicional por parte de la modernidad occidental (pp. 534-535).

¿Eso supondría tratar en pie de igualdad los conocimientos tradicionales y los provenientes de la ciencia moderna? Quizá algunas formas de conocimiento empírico como el uso del llamado parto vertical, que viene siendo reconocido como una práctica tradicional e incluso implementado por los servicios de salud pública en ciertas regiones del interior del país, podría ser un buen ejemplo de cómo los conocimientos tradicionales pueden ofrecer buenos

cias [...]. Las similitudes relevantes no tienen que ver con compartir un verdadero yo profundo en el que estaría ejemplificada la verdadera humanidad, sino con coincidencias tan modestas y superficiales como sentir cariño por nuestros padres y por nuestros hijos...» (pp. 236-237).

37 La crítica de Susan Haack es contundente y persuasiva en este extremo. Véase: Haack (1998).

resultados —en este caso, al parecer, en términos de una mayor salud integral tanto de la madre como del recién nacido— y sería un ejemplo de cómo las culturas pueden aprender unas de otras; pero eso no es una muestra sino, al contrario, una confirmación de cómo las buenas propuestas pueden pasar el filtro del juicio racional. Lamentablemente, no ocurre lo mismo en otros casos³⁸.

Pero incluso en lo que atañe a la discusión filosófica (y la referida a los derechos humanos lo es), como dice Susan Haack, es posible aceptar que el uso de metáforas y el estar dotado de un «espíritu literario» pueden contribuir al desarrollo de la imaginación y, en ese sentido, ser útiles o hasta necesarios, pero no suficientes, para una investigación seria (Twining, 2003, p. 252).

En definitiva, la eventual aceptación de las expresiones o razones que no se someten a los criterios de validación del discurso racional dependerá del espacio en que se sitúe la deliberación y de los resultados a que conduzca la misma. En ese sentido, no es lo mismo hablar del tipo de razones que se aceptan en el espacio institucional que en el espacio de la sociedad civil (Habermas, 2008, p. 6), o en el foro político público que en la cultura de base (Rawls, 2001, p. 158).

Esta afirmación evoca la discusión provocada por Habermas a raíz de su propuesta de incorporar los argumentos de tipo religioso en la deliberación pública y que obedecería a una supuesta razón de justicia para con los creyentes —quienes, como consecuencia del pensamiento secular moderno, habrían cargado hasta ahora con el peso de transformar sus argumentos religiosos en razones seculares, al contrario que los ciudadanos seculares ilustrados (Habermas, 2006, p. 146)— y al supuesto valor de verdad de esos argumentos (Habermas, 2006, p. 140)³⁹.

La propuesta de Habermas ha sido duramente criticada por Paolo Flores D'Arcais, y con razón, debido a que el supuesto «esfuerzo de aprendizaje y de adaptación exigido a los ciudadanos religiosos» no es otra cosa que un requisito consustancial a la democracia. El uso de razones públicas le es exigido no solo a los creyentes, sino a cualquier ciudadano. Como dice Flores D'Arcais (2008), «[...] se le exigiría también a un ateo que considerase "ley de la Naturaleza" un vitalismo depredador con connotaciones racistas, o que afirmara que la homosexualidad es una enfermedad, o que predicara la eliminación de los disminuidos» (p. 58).

Pero lo cierto es que Habermas nunca ha dejado de insistir en que en el espacio público institucional las razones públicas sí son razones privilegiadas. Por eso dice:

Debemos diferenciar, por supuesto, de manera clara los procesos institucionalizados de deliberación y toma de decisiones en el nivel de los parlamentos, tribunales, ministerios y autoridades administrativas del compromiso informal de los ciudadanos en la sociedad civil y en la esfera pública [...].

38 Un ejemplo dramático de esto último y de lo que Sen considera la expresión de una mente colonizada fue el rechazo inicial a la introducción de los tratamientos médicos dirigidos a la lucha contra el sida en Sudáfrica; ello debido a «[...] la desconfianza en la ciencia, tradicionalmente controlada por los blancos» (Sen, 2007, p. 131) y entendida como un logro occidental o, peor aún, como una nueva forma de imperialismo occidental.

39 Me he referido a esta discusión en *Los dilemas de la laicidad positiva: un análisis a partir del caso peruano* (Marciani, 2015, pp. 243-247).

En el Estado constitucional es una exigencia de legitimación que las decisiones políticas *aplicables por el Estado* se formulen en un lenguaje que todos los ciudadanos puedan comprender. (Habermas, 2008, p. 6)

Del mismo modo, aunque Rawls habla de un *overlapping consensus*, que parte de razones no necesariamente públicas, afirma que en el debate público acerca de cuestiones de justicia política el deber de civildad debería llevar a los sujetos a emplear razones públicas para defender sus posiciones (Rawls, 1995, p. 208; Rawls, 2001, p. 161; Rawls, 2002, p. 53):

De ahí que la idea de legitimidad política basada en el criterio de reciprocidad diga: nuestro ejercicio del poder político es apropiado sólo cuando creemos sinceramente que las razones que ofrecíamos para nuestras acciones políticas —si tuviéramos que formularlas como funcionarios públicos— son suficientes, y cuando creemos razonablemente que otros ciudadanos pueden aceptar de manera razonable tales razones. (Rawls, 2001, p. 161)

El concepto de razón pública que defiende Rawls describe el paso desde las creencias, costumbres o razones particulares hacia las razones que todos (nosotros y «los otros») podemos entender y aceptar. En ese sentido:

La justificación pública parte de algún consenso previo, esto es, de premisas que todas las partes en desacuerdo, supuestamente libres e iguales y plenamente capaces de razón, pueden razonablemente compartir y libremente suscribir. (Rawls, 2002, p. 53)

Es a través de razones públicas que podemos calificar de terribles e intolerables supuestos como el del *sati* (quema de viudas en la India) o la infibulación de las niñas en ciertas regiones de África, pero también los desastrosos efectos medio ambientales, individuales y sociales de las vidas orientadas al consumo y a la competitividad ilimitada, que provocan la codicia, la falta de solidaridad y la pérdida del sentido de la vida. Es la fuerza de las razones lo que, asimismo, permite diferenciar la gravedad de las exclusiones, discriminaciones y agresiones, y delinear también el límite de lo tolerable.

Por el contrario, dejar este tipo de decisiones en manos de la sola fuerza de las emociones, sin pasar por el filtro de las razones públicas y del respeto mutuo y la reciprocidad que implican su uso, nos somete al riesgo de la incorporación de las emociones irracionales. Movidos por las emociones hemos sido testigos de los grandes cambios en la lucha por los derechos humanos, derivada de nuestra capacidad de identificación y comprensión del otro. No obstante, sustentadas en emociones, muchas veces irracionales, hoy somos testigos también de las movilizaciones y presiones políticas de ciertos grupos en favor de la preservación de los llamados «valores tradicionales de la familia», en detrimento del reconocimiento de los derechos de las minorías LGTBI⁴⁰, de las reivindicaciones de corte xenófobo del nacionalismo extremo; entre otros ejemplos. En definitiva, el modelo deliberativo no excluye las diferen-

40 Un ejemplo son las reiteradas y multitudinarias marchas convocadas por algunas iglesias (la Iglesia católica y muchos movimientos evangélicos) en favor de la familia y en contra de propuestas como la de legalización del aborto en ciertos casos o el desarrollo de una política educativa basada en el enfoque de género. Ese es el caso de las manifestaciones convocadas en las principales ciudades del Perú por el colectivo denominado Con mis hijos no te metas.

tes formas en que se puede deliberar. Como dice Benhabib (2006a), dentro de las distintas redes y asociaciones formadoras de opinión que constituyen la esfera pública, «[...] pueden prosperar diferentes lógicas en el acto de esgrimir razones, saludar, narrar y contextualizar el discurso» (p. 227). Lo que resulta inadmisibile, no obstante, es que se relacione la racionalidad con una supuesta potestad de los grupos dominantes y, en aras de una supuesta reivindicación histórica, se proponga la equiparación de las razones públicas con formas alternativas de razonamiento cuando hablamos de cuestiones políticas vinculadas con los principios de justicia. Por eso, tiene razón la autora cuando dice que «[...] el supuesto de que los grupos política y culturalmente desfavorecidos y marginados representan “lo contrario de la razón” es un ejemplo de exotismo» (Benhabib, 2006a, p. 227). Yo diría también, de una inadmisibile actitud condescendiente o paternalista.

8. Conclusiones

En la discusión sobre los posibles límites al reconocimiento del derecho a la diversidad cultural, la propuesta intercultural se presenta como una alternativa atractiva frente al inflexible racionalismo ético de la concepción liberal tradicional, pero también frente al comunitarismo, o ciertas versiones del multiculturalismo, que no permiten dar cuenta de la experiencia de la crítica y el cambio al interior de los grupos culturales.

La tesis intercultural defendida por ciertos autores ofrece, sin embargo, una respuesta insuficiente en relación con los límites que deberían establecerse frente a ciertas prácticas que se amparan en el reconocimiento de la diversidad cultural. En casos que involucran la vulneración de derechos individuales, principalmente vinculados a la autonomía y la dignidad, la propuesta liberal parece seguir siendo la mejor respuesta.

La tesis que se defiende en este artículo parte del respeto de la dignidad del individuo, el reconocimiento de su autonomía y de su libre desarrollo, siguiendo en ello la tradición liberal, pero se distancia de la versión económica del liberalismo (libertarismo). Es compatible con las propuestas referidas a la existencia de capacidades básicas que constituyen el presupuesto de cualquier vida buena y con la ética dialógica. Aunque parte de consideraciones racionales (puede ser defendida racionalmente), se muestra sensible a las formas alternativas de expresión y al reconocimiento de una valiosa dimensión emotiva en los seres humanos y grupos sociales. Si bien considera al individuo como razón y límite del reconocimiento de los derechos, puede ser compatible también con el reconocimiento de derechos colectivos que expresan valores morales que resultarían importantes para los propios individuos que conforman esos colectivos (por ejemplo, en el caso del derecho de propiedad).

Finalmente, en relación con la propuesta dialógica intercultural, se resalta su importancia para propiciar puntos de acuerdo intercultural y de cambio al interior de las propias culturas, y su defensa de formas alternativas de expresión y de diálogo (no solo la dimensión racionalista); sin embargo, se defiende también la importancia de afirmar la prioridad de las razones públicas en los contextos institucionales de deliberación pública.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Barbarosch, E. (2013). *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea* (2.ª ed.). Buenos Aires: La Ley - Facultad de Derecho UBA.
- Benhabib, S. (2006a). *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz.
- Benhabib, S. (2006b). *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*. Barcelona: Gedisa.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Brennan, J. (2012). *Libertarianism. What everyone needs to know*. New York: Oxford University Press.
- Camps, V. (2004). El derecho a la diferencia. En L. Olivé (Ed.), *Ética y diversidad cultural* (2.ª ed.) (pp. 87-101). México: Fondo de Cultura Económica.
- De Lora, P. (2006). *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*. Madrid: Alianza.
- Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (pp. 17-88). Madrid: Ediciones Morata / A Coruña - Fundación Paideia Galiza.
- Flores D'Arcais, P. (2008). Once tesis contra Habermas. *Claves de Razón Práctica*, (179), 56-60.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Galeotti, A. (2002). *Toleration as recognition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Haack, S. (1998). *Manifiesto of a passionate moderate. Unfashionable essays*. Chicago: University of Chicago Press.
- Habermas, J. (1999). Ética discursiva (La inclusión del otro). En C. Gómez (ed.), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX* (pp. 174-183). Madrid: Alianza.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez* (4.ª ed.). Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (2008). La voz pública de la religión. Respuesta a la tesis de Paolo Flores D'Arcais. *Claves de Razón Práctica*, (180), 4-6.
- Hernández, A. (2001). Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico Las mujeres indígenas y sus demandas de género. *Debate Feminista*, 24, 206-230.
- Höffe, O. (2008). *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa.

- Lipovetsky, G. y Juvin, H. (2011). *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama.
- Lukes, S. (2011). *Relativismo moral*. Madrid: Paidós.
- Lugones, M. (2005). Multiculturalismo radical y feminismos de mujeres de color. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (25), 61-76.
- Marciani, B. (2013). Justicia y paz en la era global: Reflexiones a partir de El derecho de gentes de John Rawls. *Cuadernos de Trabajo*, (2), Departamento de Derecho de la PUCP.
- Marciani, B. (2015). Los dilemas de la laicidad positiva: Un análisis a partir del caso peruano. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), 237-262.
- Marciani, B. (2017). *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP.
- Merino, R. (2017). El Derecho como campo de crítica y poder: La política de la teoría legal desde América Latina. *Derecho & Sociedad*, (48), 225-254.
- Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano* (2.ª ed.). Barcelona: Herder.
- Nussbaum, M. (2005). *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2014). Una revisión de «Liberalismo político» de Rawls. *Revista Derecho del Estado*, (32), 5-33.
- Parekh, B. (2000). *Rethinking multiculturalism*. London: MacMillan Press.
- Peña, A. (2009). *Multiculturalidad y Constitución. El caso de la justicia comunal aguaruna en el Alto Marañón*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Putnam, H. (1988). *Razón, verdad e historia*. Madrid: Técno.
- Prieto, L. (1994). Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (15-16), 367-387.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Rorty, R. (2000). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo. En R. Rorty, *Verdad y progreso*. Escritos filosóficos 3. Barcelona: Paidós.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Santos, B. (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El otro Derecho*, (28), 59-83.

- Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid: Trotta / ILSA.
- Santos, B. (2014). *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Planeta.
- Sen, A. (2007). *Identidad y violencia: La ilusión del destino*. Madrid: Katz.
- Singer, P. (2003). *Desacralizar la vida humana*. Madrid: Catedra.
- Swift, A. (2016). *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Taylor, Ch. (1994). Horizontes ineludibles (La ética de la autenticidad). En C. Gómez (ed.), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX* (pp. 230-237). Madrid: Alianza.
- Tubino, F. (2015). *La interculturalidad en cuestión*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Twining, W. (2003). Globalización, postmodernismo y pluralismo: Santos, Haack y Calvino. En W. Twining, *Derecho y globalización*. Bogotá: Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores.
- Villanueva, R. (2014). Constitucionalismo, pluralismo jurídico y derechos de las mujeres indígenas. *Revista de Derecho Público*, (32), 4-28.
- Villanueva, R. (2015). La interpretación intercultural en el Estado constitucional. *Revista Derecho del Estado*, (34), 289-310.
- Young, I. (2000). La democracia y «el otro»: más allá de la democracia deliberativa. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), 41- 56.
- Žižek, S. (2007). *Tolerance as an ideological category*. Recuperado de <http://www.lacan.com/zizek-inquiry.html>.

COMENTARIOS

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CRÍTICA DE LA NEUTRALIDAD CULTURAL

Gonzalo Gamio Gehri

Departamento de Ciencias Sociales, PUCP*

El artículo de la profesora Betzabé Marciani se traza como objetivo mostrar cómo el liberalismo constituye el modo más eficaz de manejar la diversidad cultural y establecer sus límites; el ideario liberal ha justificado la universalidad de los derechos humanos, anclada en la defensa de la dignidad y la autonomía de las personas. Para sostener esta idea, elabora un mapa teórico que incluye al constitucionalismo, los enfoques feministas, la perspectiva del desarrollo humano, la ética discursiva y también —de modo implícito— el contractualismo. La tesis central es que el derecho al cuidado de la diversidad cultural no constituye un valor absoluto: se trata de un bien que puede invocarse y ponerse en ejercicio en la medida en que no atente con el sistema de derechos y libertades fundamentales que vertebra el régimen de las democracias liberales y el orden legal internacional.

A la autora le preocupa que la universalidad de los derechos humanos se vea mermada por alegatos basados en el desarrollo de las costumbres y la identidad cultural, provenientes de las canteras de la perspectiva intercultural o del llamado «comunitarismo». Algunos discursos que promueven hoy la discriminación en materia social o de género apelan al cumplimiento de los valores afincados en las tradiciones en contra de las creencias y prácticas de origen liberal. Necesitaríamos una fuente de objetividad moral que supere los peligros del relativismo y del escepticismo ético que suelen acompañar el discurso del multiculturalismo y enfoques afines de raigambre conservadora o posmoderna.

Esta preocupación es razonable y ha sido enfrentada de diversas formas en el terreno de la filosofía. La autora considera problemática la consideración de una «validez relativa» de principios morales de la importancia de los derechos humanos. Lo primero que habría que sostener es que cualquier forma de principio práctico —sea ético, político o legal— surge en el contexto de los debates y conflictos del mundo ordinario. El contexto de su enunciación y discernimiento público es de carácter ineludiblemente histórico e intersubjetivo. El intercambio de razones le otorga un tipo de configuración intelectual; su ejercicio da forma a sus determinaciones prácticas. En la medida en que estos principios puedan contribuir a regular el funcionamiento de las sociedades u orientar las acciones de las personas, pueden ser reconocidos como parámetros universales para la praxis. No obstante, esta condición no protege a estos principios de la finitud que es propia de toda construcción humana. Incluso los derechos humanos podrían hipotéticamente verse sustituidas por otros sistemas de normas y procedimientos para la regulación social.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/gonzalo-gamio-gehri>

Voy a discutir brevemente dos aproximaciones a los derechos humanos que considero más razonables. Ambas son convergentes con la tesis de que la razón práctica constituye una capacidad humana encarnada socialmente. Ambas rechazan abiertamente la tesis de que los derechos humanos requieren de una comprensión de la vida del intelecto en términos de una universalidad abstracta y una neutralidad valorativa.

La primera perspectiva alude al enfoque pragmatista de los derechos humanos, desarrollada por Richard Rorty y Eduardo Rabossi¹. Esta perspectiva rompe decididamente con el enfoque metafísico clásico, basado en la dicotomía sujeto/objeto, así como en la primacía de la *theoría* como la actividad humana promotora de sentidos. El enfoque pragmático —heredero de Darwin y de Hegel— comprende a los seres humanos como animales ingeniosos que se proponen adaptarse a un entorno natural hostil. La relación con el mundo es de naturaleza práctica, se proponen satisfacer expectativas de bienestar: Lidian consigo mismos y con las cosas para vivir mejor en el mundo, para hacer del mundo un lugar habitable. Para ello construyen herramientas de diversa naturaleza: armas, instrumentos de construcción y de labranza, pero también herramientas más sutiles, como ideas y valores.

A juicio de Rorty, la cultura de los derechos humanos constituye una herramienta social de singular relevancia para garantizar libertades y bienestar en un mundo complejo como el nuestro. El conjunto de normas, instituciones y actividades que se concentran en la protección de los derechos fundamentales de los individuos —en cuanto a la vida, la libertad, la propiedad, así como otros bienes— es fruto de un consenso práctico post-Holocausto. La dura experiencia de la *Shoah* forjó una importante conciencia ética y política acerca de la necesidad de contener la violencia y reducir el daño de seres humanos a través de una cultura humanitaria. De lo que se trata es de fortalecer esta cultura en el terreno de la práctica.

Esta cultura puede verse fortalecida por la educación en la empatía. Se trata de una operación de la reflexión y de la imaginación, conducente a ponerse en el lugar del otro, especialmente en aquel que sufre injusticia. Solo si nos proyectamos en las circunstancias del otro podemos sentir con él, y asumir la defensa de sus derechos. Rorty considera que una educación en y para la empatía pone énfasis en el ejercicio de las artes y en el cuidado de las humanidades.

La segunda perspectiva ha sido examinada en parte por Marciani en su ensayo. Se trata del enfoque de las capacidades, formulado por Amartya K. Sen y luego por Martha C. Nussbaum. La idea básica es que el desarrollo humano se funda no en lo que las personas tenemos (bienes y recursos), sino en las acciones que las personas podemos realizar y en las formas de vida que podemos elegir llevar: El florecimiento humano se identifica con la adquisición y el ejercicio de capacidades. Los agentes deben estar en condiciones de elegir cómo poner en ejercicio sus capacidades (lo que Sen llama «funcionamientos»). Las instituciones deben ofrecer el contexto normativo y los espacios para que estas capacidades sean incorporadas a la vida de las personas y puedan ser llevadas a la práctica.

Nussbaum ha reformulado este enfoque, proponiendo una lista de diez capacidades fundamentales, planteadas como expresión de un consenso intercultural sobre la materia²: Vida; salud física; integridad física; sensibilidad, imaginación, pensamiento; afiliación; emociones; razón práctica/agencia; otras especies; ocio y juego; control sobre el entorno. Esta lista permite el grado de desarrollo y justicia de nuestras sociedades, pero también de las prácticas sociales y

1 Rorty, R. (2000). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo. En R. Rorty, *Verdad y progreso. Escritos filosóficos 3* (pp. 219-242). Barcelona: Paidós.

2 Véase: Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós.

culturales. Si una determinada práctica lesiona o mutila una capacidad central, entonces ella es sindicada como injusta. Esta concepción se revela convergente con el enfoque de derechos, en la medida en que, si X es considerada una capacidad humana central, entonces X debe tener derecho a incorporar X en su vida y a llevarla a su realización en la práctica.

Ambas interpretaciones de los derechos humanos se articulan eficazmente con la cultura política liberal. Sin embargo, ambas han renunciado a la presuposición de que los principios que enarbolan sean los de una racionalidad carente de contextos; dan testimonio de la búsqueda de un universal concreto. Del mismo modo, la flexibilidad conceptual, tanto del punto de vista pragmatista como del enfoque de las capacidades, permite que sus propias concepciones de la justicia puedan ser examinadas en una perspectiva intercultural.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Quiero agradecer al profesor Gonzalo Gamio por la gentileza que ha tenido al leer mi texto y comentarlo brevemente. Gamio es un acucioso estudioso de los derechos humanos y por eso sus palabras resultan especialmente valiosas en este caso. Su sólida formación como filósofo contribuye también a que se establezca un debate enriquecedor entre lo que en su momento Bobbio llamó «filósofos juristas y juristas filósofos»¹. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos es un asunto que resulta de interés para ambos tipos de investigadores, aunque nos pueda distanciar la discrepancia sobre sus alcances y límites.

Como recuerda Gamio, a mí me preocupa la universalidad de los derechos humanos y ciertamente defiende un cierto objetivismo moral «que supere los peligros del relativismo y del escepticismo ético que suelen acompañar el discurso del multiculturalismo»². En ese sentido, suscribo totalmente la idea de un «objetivismo moral mínimo» que, por ejemplo, es el que defiende Manuel Atienza³.

Gamio cree que mi preocupación en relación con el relativismo y el escepticismo ético es «razonable», pero recuerda que «[...] cualquier forma de principio práctico —sea ético, político o legal— surge en el contexto de los debates y conflictos del mundo ordinario. El contexto de su enunciación y discernimiento público es de carácter ineludiblemente histórico e intersubjetivo» y la universalidad de ciertos principios «[...] no protege a estos principios de la finitud que es propia de toda construcción humana. Incluso los derechos humanos podrían hipotéticamente verse sustituidas por otros sistemas de normas y procedimientos para la regulación social»⁴. Pero yo no niego ni la contingencia de los derechos humanos ni el hecho de que tanto su aparición como desarrollo obedezcan a factores culturales y cambiantes (si no fuera así, no entenderíamos cómo hoy se habla de derechos de las minorías LGTBI que hace cincuenta años o menos eran inimaginables). Mi pregunta es si los derechos que hoy conocemos —principalmente los que están estrechamente vinculados con la protección de la autonomía del individuo y de su dignidad— están dotados de una convincente justificación moral que, en términos justificativos, los haga trascender el espacio y el tiempo. Si, frente a las diferencias culturales, existen razones suficientes y objetivas (en términos del objetivismo moral mínimo que defiende) para afirmar que la defensa de la autonomía del individuo es un bien universal de primer orden y que existen prácticas que lo violan manifiestamente, aunque puede haber otras que pertenecen al ámbito de lo discutible o «relativo».

El profesor Gamio coincide conmigo en la relevancia que tiene el enfoque de las capacidades, que desarrollan Sen y Nussbaum, y que sería compatible con una concepción liberal, aunque no con «una racionalidad carente de contextos», cosa que, por cierto, yo no he de-

1 Bobbio, N. (1990). Naturaleza y función de la filosofía del derecho. En *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate.

2 Gamio, G. (2018). Los derechos humanos y la crítica de la neutralidad cultural. En este mismo volumen, p. 35.

3 Véase: Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo post positivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, 15.

4 Gamio, G. (2018). Los derechos humanos y la crítica de la neutralidad cultural. En este mismo volumen, pp. 35-36.

fendido en mi texto. La garantía de ciertos principios universales no tiene que (no puede) ser ciega a las diferencias y necesidades contextuales. Por eso en mi texto suscribo totalmente las palabras de Nussbaum cuando, en relación con los derechos de las mujeres y la cuestión de las diferencias culturales, afirma que:

Una cosa es, entonces, decir que necesitamos conocimientos locales para comprender los problemas que enfrentan las mujeres, o dirigir nuestra atención hacia ciertos aspectos de la vida humana que la gente de clase media tiende a considerar como dados [énfasis añadido]. Pero otra cosa totalmente diferente es afirmar que ciertos valores muy generales, como la dignidad de la persona, la integridad del cuerpo, los derechos y libertades políticos básicos, las oportunidades económicas básicas, etc., no son normas apropiadas para ser utilizadas en la evaluación de la vida de las mujeres en los países en desarrollo.⁵

En ese mismo sentido, también señalo en mi texto que «[u]na concepción liberal, basada en el respeto de la dignidad del individuo y el reconocimiento de su libre desarrollo, al igual que de los grupos culturales de los que forma parte —entendidos como espacios valiosos de realización y no como prisiones de las que no puede apartarse si así lo elige— es perfectamente compatible con el reconocimiento de ciertos derechos colectivos y con diversas formas de entender el derecho de propiedad»⁶. La concreción de los derechos humanos por supuesto que debe ser sensible a las diferencias culturales, pero hay ciertos límites.

Finalmente, Gamio propone una aproximación a los derechos humanos que considera «más razonable en la discusión contemporánea»⁷, y es la tesis pragmatista propuesta por Richard Rorty y Eduardo Rabossi.

La crítica de Rorty al excesivo racionalismo de la tradición filosófica y su apuesta por una defensa de la educación sentimental como elemento central para lograr un verdadero (y más eficiente) compromiso con los derechos humanos es, ciertamente, muy persuasiva y ha sido muy bien descrita por Gamio en su texto. El problema es que, como he sostenido en otro lugar:

[...] termina siendo casi tan frustrante como el escepticismo o el relativismo, pues sus parámetros para evaluar la corrección moral de un determinado supuesto no pueden escapar a la ubicación temporal y espacial del mismo (a su llamado «etnocentrismo»). Así pues, Rorty no ofrece ninguna alternativa más allá de la esperanza de seguir progresando moralmente (y esa afirmación suya también puede ser discutible) a través de la educación sentimental o de algún otro medio. Además, están los peligros de delegar a la sensibilidad un aspecto tan trascendental como la vigencia y el desarrollo de nuestros derechos. La calificación como *buenas* o *malas* de las emociones que se traducen en acciones es un asunto de justificación moral y, en ese sentido, racional; mientras que los sentimientos, en su estado puro, son irracionales. La sensibilidad sin racionalidad puede llevarnos del amor, la compasión y la solidaridad, al odio, el miedo y el egoísmo. Pero, aunque podamos controlar nuestros «malos sentimientos» y desarrollar sólo nuestro lado solidario y más empático, nuestra preocupación sincera por el otro puede llevarnos a incurrir en conductas asistencialistas o paternalistas sobre la base de lo que creemos (¿o sería mejor decir

5 Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano* (2.ª ed.). Barcelona: Herder (pp. 75-76).

6 Marciani, B. (2018). Una defensa liberal de la universalidad de los derechos humanos y de la deliberación racional como posibles límites a la diversidad cultural en el Estado constitucional de derecho. En este mismo volumen (p. 23).

7 Gamio, G. (2018). Los derechos humanos y la crítica de la neutralidad cultural. En este mismo volumen, p. 36.

«sentimos»?) que es lo mejor para el otro. El desarrollo de nuestra sensibilidad, la *educación sentimental* a la que se refiere Rorty, no puede renunciar al desarrollo de nuestra capacidad de justificación racional: no puede renunciar a la moral crítica.⁸

No obstante, creo que el pragmatismo —o cierto tipo de pragmatismo— aporta mucho y coincide en ciertos aspectos con la concepción pospositivista o neoconstitucionalista⁹ del derecho que comparto y que defiende un objetivismo moral mínimo de tipo argumentativo. Por eso, en el trabajo citado anteriormente, he sostenido que (me permito reproducir esta idea en toda su extensión, pues creo que está más que justificado):

El neoconstitucionalismo es una concepción del Derecho que sigue el rastro de la filosofía pragmatista y de la ética discursiva. Frente a la realidad del pluralismo y la contingencia de las prácticas humanas [me he referido explícitamente a las fundamentales observaciones que hace Nussbaum sobre este asunto en *La fragilidad del bien*] el neoconstitucionalismo ofrece una visión del Derecho que no anticipa siempre una respuesta definitiva que pretende encuadrar artificialmente lo imprevisible en el marco de lo previsto.

Frente al dogmatismo de las respuestas absolutas y contra el «universalismo abstracto» que es insensible a la particularidad y el pluralismo, pero también frente al relativismo del «todo vale», el pragmatismo creó un «pluralismo antirrelativista» y un «falibilismo antiescéptico», que no cree en razones absolutas, pero sí en que existen mejores y peores razones (Bernstein, 2006, 39-70).

De forma similar, el enfoque argumentativo del Derecho neoconstitucionalista sostiene que la derrotabilidad de los principios del Derecho (y de los derechos fundamentales que representan) no es incompatible con la racionalidad. Así pues, el neoconstitucionalismo acepta la imprevisibilidad (a través de la idea de derrotabilidad) y también el pluralismo ético (frente al cual ofrece alternativas de tipo discursivas), y —como en el caso del pragmatismo— no se rinde frente al irracionalismo o el relativismo del «todo vale», pues, como dice García Figueroa, «[l]os derechos fundamentales pueden *variar* su contenido [...], pero no pueden tener *cualquier* contenido». (García Figueroa, 2009, p. 263)¹⁰

8 Marciani, B. (2017). *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*. Lima: Facultad de Derecho PUCP (pp. 60-61).

9 Aquí trato de forma equivalente ambos conceptos, aunque Atienza ha sostenido que existen importantes diferencias entre ambas teorías. Véase: Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo post positivista. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, 15.

10 Marciani, B. (2017). *Tolerancia y derechos. El lugar de la tolerancia en el Estado constitucional*. Lima: Facultad de Derecho PUCP (pp. 297-298).

SECCIÓN II
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA FRENTE A LOS PARTICULARES POR DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

María Ángela Sasaki Otani

Departamento Académico de Derecho, PUCP*
Maestría en Derecho Internacional Económico, PUCP

Categoría profesores

En la Comunidad Andina (CAN), ante una violación del derecho comunitario, los particulares afectados en sus derechos cuentan con dos mecanismos para lograr una reparación de los daños sufridos, de conformidad con los artículos 30 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN (TCTJCA). En el presente artículo se realiza un estudio de los orígenes de ambos artículos y su prácticamente nula aplicación, y se ahonda en los motivos de esta escasa utilización. Posteriormente, se profundiza en cada una de ambas vías. Entre los aspectos comunes de ambos mecanismos se analiza su común remisión al derecho nacional y su común contribución al *enforcement* privado del derecho andino.

I. Introducción

La responsabilidad del Estado es uno de los grandes temas del derecho actual y uno de los pilares en que se apoya la construcción teórica y práctica del derecho administrativo¹. El Estado de derecho implica necesariamente que el Estado ha de responder por los daños imputables a su actividad conforme a la teoría general en materia de responsabilidad. Ello representa un gran avance en la evolución jurídica de los límites del poder estatal².

Sobre este punto, cabe advertir que uno de los temas más descuidados en América Latina es el de la responsabilidad patrimonial de los Estados, ya que, como advierte Jorge Luis Suárez Mejías (2006b):

El ciudadano no cree en esta institución, esto cuando sabe de su existencia porque la mayoría ignora que existe y se comporta frente al Estado como se comportaban los súbditos del Estado absoluto, lo cual es muy grave porque el Estado de derecho se nutre no solamente de lo que hacen los juristas sino también del comportamiento de los ciudadanos. (p. 7)

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/maria-sasaki-otani/investigacion/>

1 Compárese con Garrido Falla (1990), citado por Sotelo de Andrea (2007, p. 302).

2 Compárese con Delgadillo Gutiérrez (2005, pp. 6-7).

En el presente artículo, se está de acuerdo con este autor cuando señala que «[...] un Estado de derecho o una comunidad de Estados que no tenga prevista la responsabilidad patrimonial del poder público a favor de los ciudadanos es incompleto» (Suárez Mejías, 2006b, p. 72).

El objetivo general del presente estudio consiste en demostrar, mediante un análisis jurídico, la necesidad de activar los mecanismos regulados en los artículos 30 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA), a fin de que los particulares afectados en sus derechos puedan invocar la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina (CAN) por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario. Tras estudiar las particularidades de ambos mecanismos, se buscará dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿cuál de ellos es el más eficiente para el particular afectado y para el proceso de integración andino en general?

2. Consideraciones generales

2.1. Los orígenes de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

El estudio del régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario gira en torno a un doble fundamento normativo: los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

El artículo 31 del TCTJCA establece lo siguiente:

Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Esta previsión (si bien como artículo 27) figura en el TCTJCA desde el principio, es decir, desde 1979. La existencia de esta figura en la CAN es anterior a la sentencia Francovich de 1991, en la que por vez primera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) proclamó que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) derivada de sus incumplimientos constituía un «principio inherente» al sistema de los tratados³.

Otra es la situación del artículo 30 del TCTJCA, en el que se declara que la sentencia por incumplimiento que dicte el Tribunal a instancias del particular afectado en sus derechos «constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere». Y es que, en un primer momento, los particulares no contaban con acceso a la acción por incumplimiento, abierta únicamente a la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC) y a los países miembros. Así las cosas, las personas naturales o jurídicas podían presentar sus reclamaciones únicamente ante las cortes nacionales competentes conforme estaba previsto, de modo inequívoco, en el citado artículo 27 del TCTJCA en su versión original.

La apertura de la acción por incumplimiento a los particulares y la previsión del actual artículo 30 del TCTJCA fueron introducidas en 1996, a través del Protocolo de Cochabamba.

3 STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República Italiana, C-6/90 y C-9/90.

Se trató de una reforma auspiciada por el propio Tribunal, que buscó con ello aumentar la implicación de los individuos en el proceso andino.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) presentó el Proyecto de Protocolo modificadorio del hoy TCTJCA, resaltando, como una de las razones de su escasa actividad jurisdiccional, la restringida legitimación activa en las acciones directas ante él⁴. Lo cierto es que, hasta ese momento, solo se encontraban legitimados para dirigirse al Tribunal los países miembros, la Comisión y la JUNAC (hoy, Secretaría General de la Comunidad Andina); en tanto que los particulares, excepcionalmente, podían interponer acciones de nulidad en el caso de que los actos recurridos les fueran aplicables y les causaran perjuicios.

Es en estas circunstancias que se propuso ampliar el *ius standi* de los particulares a través de una acción por incumplimiento abierta a cualquier persona, natural o jurídica, afectada en sus derechos, previo agotamiento de una fase precontenciosa ante la JUNAC. Se sugirió igualmente el reconocimiento al Tribunal de una nueva competencia, que le permitiera, a instancia de los particulares perjudicados, proclamar la responsabilidad por daños de los países miembros, la Comisión o la JUNAC⁵.

En el Protocolo de Cochabamba, que vería la luz diez años después, los países miembros no retuvieron esta segunda iniciativa, pero sí admitieron la intervención de los individuos en las acciones por incumplimiento e incluyeron la previsión del actual artículo 30 del TCTJCA.

A propósito de la legitimación activa de los particulares en las acciones por incumplimiento (y en las acciones por omisión, que se incluyeron, también entonces, en el sistema de recursos ante el TJCA), el Tribunal declaró lo siguiente:

Uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los países miembros en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de las normas comunitarias. Ello es tan cierto que en aquellos casos en que tal actuación les era permitida a los particulares (acción de nulidad) se les amplió dicha facultad, eliminando determinadas restricciones o limitaciones y en los otros, en que no se les atribuía la facultad de intervenir, se les generó este derecho, regulándolo de una manera tan amplia que fuera compatible con ese espíritu de mayor participación, tal como sucede con las acciones de incumplimiento y los recursos por omisión o inactividad⁶.

2.2. La prácticamente nula utilización de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

La práctica judicial de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se reduce a un solo caso: el asunto Sofaven, el cual fue visto por el juez nacional venezolano sobre la base del artículo 31 del TCTJCA⁷.

4 Exposición de Motivos del «Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» (1986), Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1993, p. 193.

5 Exposición de Motivos del «Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena».

6 STJCA de 1 de febrero de 2002, Proceso 14-AN-2001, p. 6.

7 Sobre el asunto Sofaven, véase: Suárez Mejías (2006b, pp. 136-166). Véase también: Suárez Mejías (2003, pp. 215 y ss.).

Entre los años 2000 y 2002, la empresa venezolana Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles S.A. (Sofaven) importó desde Colombia mercancías originarias de este país, que se encontraban liberadas del pago de aranceles aduaneros, por cuanto eran procedentes de un país miembro de la CAN.

Sofaven interpuso ante la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Central del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) una solicitud de reintegro por concepto del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA) hecho en exceso por la importación de mercancías de Colombia, solicitud que fue negada mediante la Resolución GRTI-RCE-DR-CBF-RRC-2002-10 del 2 de agosto del año 2002.

Sofaven recurrió el acto administrativo venezolano alegando que: «El Acuerdo de Cartagena señala la imposibilidad de cobrar tributos arancelarios al tráfico de mercaderías entre los países miembros, como es el caso de Colombia y Venezuela [...] esta es la posición asumida por la Secretaría General de la CAN en la Resolución 594 de 12 de febrero de 2002».

El Fisco Nacional contestó lo siguiente:

La Ley del IVA, norma tributaria interna de Venezuela, es aplicada en plano de igualdad a todas las mercancías que ingresan al país, cumpliéndose así con el principio de igualdad tributaria, en el sentido que ante el mismo hecho imponible [...] esta se grava tomando en cuenta una misma base imponible para todas las mercancías con independencia de su país de origen o procedencia [...] [L]a Ley del IVA es un impuesto interno no negociado en el Acuerdo de Cartagena.

Mediante la Sentencia 760/2003, del 4 de diciembre de 2003, el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del Distrito Capital de Caracas sentenció a favor de Sofaven, declarando que el Fisco Nacional:

Ha debido aplicar preferentemente las normas comunitarias, sin poder escudarse en la invocación ritual de una norma de derecho nacional contraria (el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA), norma nacional que ha debido desaplicarse administrativamente para dar paso directo e inmediato a las normas de derecho comunitario, las cuales, se insiste, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico [...] la Administración Tributaria ha debido [...] proceder a una interpretación y desaplicación *pro constitutione* y *pro communitate*, esto es, a favor de la Constitución y de las normas comunitarias [...], desaplicando en sede administrativa el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA, dada su manifiesta naturaleza anticomunitaria y su manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad, y consecuentemente reconociendo el reintegro solicitado [...]⁸.

En la parte más relevante para el presente artículo, el tribunal venezolano agregó que los casos de tributos indebidamente ingresados al Fisco configuran un supuesto de falta de servicio o funcionamiento anormal que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual queda obligado a reintegrar y a reparar los daños, «naciendo el derecho a reparación integral desde el momento que se demuestra que efectivamente tuvo lugar el pago del indevido tributo». Finalmente, el tribunal venezolano estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sofaven contra la resolución del SENIAT.

8 Esta resolución judicial no se encuentra digitalizada, por lo que fue tomada de Suárez Mejías (2006a, pp. 355-392).

Cabe indicar que esta sentencia provino de un tribunal de primera instancia, por lo que el juez nacional podía haber solicitado previamente interpretación prejudicial facultativa al TJCA. Sin embargo, no lo hizo, por lo que el tribunal venezolano aplicó el derecho comunitario por su propia autoridad⁹. Lo más destacado es que declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración nacional, y condenó al Estado a pagar a favor de Sofaven la cantidad total de Bs. 3 606 793 185,93 (bolívares)¹⁰.

Debe señalarse que, paralelamente, el Reglamento de la Ley del IVA venezolana motivó una acción por incumplimiento contra dicho país ante el TJCA. El 17 de octubre de 2001, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú presentó ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) un reclamo por el supuesto incumplimiento cometido por Venezuela al considerar el arancel de aduanas dentro del cálculo del IVA aplicable a los bienes importados desde otros países andinos. Perú acompañó a su reclamo una carta de su Sociedad Nacional de Industrias (SNI), en la que se señalaba que Venezuela había dispuesto que el pago del IVA fuera liquidado considerando como base imponible el monto resultante de aplicar el arancel correspondiente para terceros países.

El 12 de febrero de 2002, la SGCA emitió el dictamen de incumplimiento 3-2002 contra Venezuela y el 12 de noviembre de 2003 interpuso la oportuna acción por incumplimiento ante el TJCA. El Tribunal Andino entendió que:

En el presente caso se observa [que] las diferentes leyes del IVA de Venezuela y/o sus reglamentos[...] desde su promulgación, han creado una situación de discriminación entre ciertos productos venezolanos y sus similares de la subregión; y si bien el tema del [IVA] no ha sido armonizado por alguna normativa andina, ello no excusa a los países miembros para que en sus normas internas sobre IVA, o en general sobre cualquier otra materia, creen una situación que se traduzca en una discriminación entre los productos provenientes de los países andinos, en abierta contravención de las normas comunitarias¹¹.

El TJCA declaró así que Venezuela había violado los artículos 75 del Acuerdo de Cartagena y 4 del TCTJCA y debía, en consecuencia, cesar en el incumplimiento y modificar su legislación nacional. En su resolución, el TJCA citó la sentencia nacional emitida el 4 de diciembre de 2003 en el asunto Sofaven por el Tribunal Superior Primero en lo Contencioso Tributario de Caracas y reafirmó el carácter supranacional de las normas andinas sobre las normas internas, así como su primacía y su aplicación directa e inmediata¹².

Cabe señalar que, aunque la SNI peruana se vio afectada en sus derechos por el comportamiento de Venezuela —circunstancia que la llevó a quejarse ante su Gobierno, el cual reaccionó activando la correspondiente acción por incumplimiento—, y en la medida en que aquella no fue quien interpuso la demanda ante el TJCA, no le resultó aplicable el artículo 30 del TCTJCA. Lo que sí podría haber hecho esta Sociedad (y no hizo) es haber acudido ante el juez venezolano sobre la base del artículo 31 del TCTJCA —tal como hizo Sofaven—, máxime

9 En el presente caso, no se encontró información sobre si se presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Al respecto, se verificó en el sitio web del Tribunal Supremo de Venezuela: www.tsj.gob.ve.

10 Al tipo de cambio del 1 de diciembre de 2003, dicho monto equivalía aproximadamente a USD 2 257 081,199 (dólares americanos). Recuperado de <http://www.xe.com/currencytables/?from=VEB&date=2003-12-01>

11 STJCA de 13 de enero de 2005, Proceso 132-AI-2003, pp. 16-20.

12 STJCA de 13 de enero de 2005, Proceso 132-AI-2003, p. 20.

teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Andino le habría servido como indicio probatorio de la existencia de un «incumplimiento flagrante»¹³.

En el presente caso se advierte que la acción por incumplimiento duró cuatro años: la fase precontenciosa empezó el 2001 en Lima y la fase judicial finalizó recién en 2005 en Quito con la emisión de la sentencia del Tribunal Andino. En cambio, en el proceso judicial nacional, Sofaven logró el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de Venezuela con una altísima indemnización a su favor en un tiempo mucho más breve: el proceso judicial venezolano empezó el 2002 y culminó en el 2003; es decir, empezó más tarde y terminó antes.

Aun cuando ha habido numerosas acciones por incumplimiento interpuestas por particulares ante el Tribunal Andino, no se tiene noticia alguna de que posteriormente los demandantes hayan solicitado la indemnización ante el juez nacional (artículo 30 del TCTJCA).

A nuestro juicio, la razón de esta casi nula utilización de nuestras dos vías es el desconocimiento generalizado del presente tema por parte de los estudiantes, los abogados, los académicos, los funcionarios del Estado y los jueces nacionales de los cuatro países miembros; lo que, a su vez, conduce a que la jurisprudencia nacional o comunitaria y la doctrina especializada sean prácticamente inexistentes¹⁴.

Tal vez todo ello responda a que la CAN es percibida, sobre todo, como una organización internacional de Estados, en lugar de una verdadera «comunidad de derecho» que incluye formalmente también a los ciudadanos. En el ámbito andino, no se ha llegado a entender a cabalidad que la integración regional no constituye un marco restringido a los Estados, sino que en ella pueden participar de forma destacada los individuos, debiéndose tomar como motor de la integración justamente la iniciativa del interés individual.

Adicionalmente, a diferencia de la UE, en la CAN no se explicitaron las libertades fundamentales como pilares para la consolidación del proceso de integración. En ese sentido, William Phelan ha advertido acertadamente que la falta de «políticas de los derechos» en el caso andino fue la verdadera causa de la divergencia con el caso europeo. En la CAN, los derechos y las libertades fundamentales (circulación de mercancías, servicios, trabajadores y el establecimiento de empresas) eran conceptos extraños, motivo por el cual disminuyeron las posibilidades de que los individuos y las empresas llevaran sus reivindicaciones de derechos ante las cortes nacionales¹⁵.

Según Osvaldo Saldías (2011), «[...] el principio fundamental que debiese regir la integración regional es que la protección efectiva de los derechos fundamentales es supuesto previo para el desarrollo económico, y no al revés» (p. 15).

En un proceso de integración regional debe involucrarse a los litigantes para hacer valer sus derechos y poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado miembro infractor, y proteger así al individuo del incumplimiento del derecho comunitario. Es así que, cuando la judicatura defiende derechos y libertades fundamentales, los resultados pueden ser conside-

13 De conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623, «Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento»: «Se considerará flagrante un incumplimiento cuando este sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando este continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad».

14 El académico venezolano Jorge Luis Suárez Mejías es la excepción, al ser el único que ha profundizado sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN frente a los particulares por infracción del derecho comunitario.

15 Compárese con Phelan (2014, p. 6).

rables en cuanto a la participación cívico-legal de los ciudadanos. La protección del individuo depende de que la autoridad se someta permanente y unívocamente al respeto de sus derechos e intereses¹⁶.

En la CAN esta interacción entre todos estos actores podría generar un «círculo virtuoso». Por un lado, resulta indispensable contar con la cooperación de los interlocutores nacionales clave, tales como los jueces nacionales, aliados en la promoción de la integración legal. Por otro lado, hace falta la participación e iniciativa de los particulares, lo que contribuiría a lograr un mayor *enforcement*, mediante la activación de los mecanismos de responsabilidad patrimonial del Estado por parte de ellos.

3. El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpone una acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 30 del TCTJCA)

El artículo 30 del TCTJCA prescribe lo siguiente: «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25 [iniciados por un particular], constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

En el mismo sentido, el artículo 110 del Estatuto del TJCA (ETJCA) dispone, bajo la rúbrica «Mérito ejecutivo de la sentencia», lo siguiente: «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que este pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

La sentencia por incumplimiento dictada por el Tribunal Andino contiene una declaración de certeza, en el sentido de reconocer que el país miembro demandado ha incumplido el ordenamiento jurídico de la CAN. La sentencia del TJCA no requiere de homologación o *exequatur* en ninguno de los países miembros y tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de su notificación¹⁷.

Seguidamente, se centrará en la ejecución de la sentencia declarativa del incumplimiento y se dilucidará quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como «título legal y suficiente» en un proceso ordinario.

3.1. La ejecución de la sentencia por incumplimiento.

La jurisprudencia andina ha ampliado que la naturaleza de la acción por incumplimiento es: «Esencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no solo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer»¹⁸.

En otras palabras, el país miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución. Dispone para ello de un plazo «[...] no mayor de [noventa] días siguientes al de su notificación»¹⁹.

Corresponde al país miembro remiso corregir el incumplimiento, lo cual constituye su deber principal y exclusivo. Iris González De Troconis (2007) ha precisado que: «No se trata,

16 Compárese con Saldías (2011, p. 15).

17 Artículo 91 del ETJCA.

18 STJCA de 30 de octubre de 1996, Proceso 1-AI-96, pp. 2-3.

19 Artículo 111 del ETJCA.

pues, simplemente de una sentencia declarativa de certeza; es una sentencia declarativa que contiene un plus y ese plus consiste en la obligación del Estado incumplidor de adoptar las medidas necesarias para ejecutarla» (p. 206).

La totalidad de los órganos del país miembro condenado quedan obligados a contribuir al restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que están llamados, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecución de la sentencia, ya sea modificando, derogando o dejando sin aplicación los actos o decisiones nacionales controvertidos, sancionando los que fueren pertinentes, o asegurando la efectividad de la sentencia del TJCA²⁰.

Dentro de la jurisprudencia andina se puede citar el Proceso 2-AI-97, en el cual el TJCA manifestó que:

Es el Estado el obligado a anular los actos que constituyan el incumplimiento declarado por el Tribunal y a reparar los efectos ilícitos que hubieran producido. Corresponde pues a los organismos estatales sacar las consecuencias que se derivan de las sentencias de incumplimiento; es decir, tanto en cuanto a la adopción de medidas necesarias para borrar el incumplimiento como en cuanto a la reparación de los daños eventuales causados²¹.

De esta jurisprudencia se desprende que la sentencia del TJCA declarativa del incumplimiento implica la obligación del Estado de: (i) cesar en el incumplimiento (en caso de que continúe); y (ii) eliminar las consecuencias ilícitas —pasadas y futuras— causadas al particular afectado, que incluye su derecho a la reparación de los daños.

La sentencia impone al país miembro una «obligación indisponible» (Moreiro González et al., 2001, p. 116). El hecho que el TJCA no pueda ejecutarla directamente no significa que su obligatoriedad se vea menoscabada. En otras palabras, corresponde al propio Estado miembro —y no al Tribunal— corregir el incumplimiento, adoptando las medidas que considere necesarias para la ejecución de la sentencia. En ese sentido, el Estado demandado tiene el deber de cooperar lealmente (artículo 4 del TCTJCA) y la libertad de elegir los medios en la ejecución que haga de la sentencia, a fin de eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento que incluye, evidentemente, la reparación del daño causado²².

El país miembro tiene la obligación de facilitar la aplicación del ordenamiento jurídico andino y hacer posible la reparación de los daños a los particulares, a fin de garantizar el adecuado cumplimiento del derecho comunitario y la tutela judicial efectiva. Los países miembros se encuentran obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar los derechos así conferidos ante las cortes nacionales²³.

Dentro del Proceso 118-AI-2003, el TJCA así lo consignó:

[...] en cuanto a la responsabilidad de los países miembros respecto del incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, según lo establecido por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, los países miembros están obligados a adoptar todas las

20 Compárese con González De Troconis (2007, pp. 109-110).

21 STJCA de 24 de agosto de 1998, Proceso 2-AI-97, p. 10.

22 Compárese con Diez-Hochleitner (1993, pp. 840-841).

23 Compárese con Mangas Martín, y Liñán Noguerras (2002, p. 424).

medidas necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad y, por consiguiente, tienen la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los países miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un país miembro, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran [...]. El principio de cooperación leal impone a los países miembros la adopción de todas las medidas necesarias, a fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del derecho andino, entre las cuales se incluye la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del ordenamiento jurídico comunitario²⁴.

Según la jurisprudencia andina citada, el resarcimiento patrimonial a favor de los particulares afectados por el incumplimiento sería una verdadera garantía, ya que obtendrían no solo el cese del incumplimiento demandado, sino también la posibilidad de ser indemnizados ante el juez nacional.

La sentencia siempre constituirá título legal y suficiente (mas no ejecutivo) para que el particular que interpuso la acción por incumplimiento «[...] pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización» (artículo 30 del TCTJCA). En la práctica judicial, a modo de recordatorio, el Tribunal Andino incluye —sin éxito— dicha referencia de manera expresa en la mayoría de sus fallos. Aunque pudiera parecer redundante y hasta innecesario, cumple un propósito pedagógico²⁵.

En síntesis, se puede advertir que la ejecución de la sentencia que declara el incumplimiento consiste en lo siguiente: (i) una obligación de resultado donde el Estado puede elegir libremente los medios para cumplir y adoptar las medidas que considere necesarias para cesar el incumplimiento, y (ii) un derecho del particular afectado a solicitar la reparación de los daños causados.

Cabe tomar en cuenta que la sentencia podría incluir un pronunciamiento del TJCA en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación²⁶.

Por otra parte, el TJCA tiene el deber de salvaguardar los derechos y las obligaciones derivados del Acuerdo de Cartagena, así como la obligación de velar porque sus propias sentencias sean cumplidas. La inejecución, la ejecución parcial, tardía o incorrecta de la sentencia constituye una violación de las obligaciones comunitarias del país miembro.

El Tribunal Andino ha llegado a considerar «[...] que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema», ya que «[...] cuando se desacata una sentencia no solo se causa un daño particular o concreto, que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quien sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en

24 STJCA de 14 de abril de 2005, Proceso 118-AI-2003, p. 42.

25 Por ejemplo, el TJCA ordenó la cesación del incumplimiento y estableció de manera expresa la obligación de reparar y el derecho a solicitar la indemnización en los siguientes procesos: 2-AI-97, 118-AI-2003, 117-AI-2004, 125-AI-2004, 136-AI-2004, 200-AI-2005, 1-AI-2006, entre otros.

26 Véase: Acuerdo n.º 1 de 20 de mayo de 1998 del TJCA, que contiene el «Reglamento interno sobre costas».

un hecho que afecta a todos los países miembros, así como a los órganos del sistema al lesionar el proceso de integración»²⁷.

Adicionalmente, según el artículo 27 del TCTJCA, si dicho país miembro no cumpliera la sentencia:

[...] el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso. En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución²⁸.

Evidentemente, la medida de ejecución de sentencia autorizada por el TJCA permanecerá vigente hasta que el Estado haya dado cumplimiento a la sentencia.

3.2. ¿Quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como «título legal y suficiente»?

El artículo 30 del TCTJCA se establece que «[...] la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente». Dichos «casos previstos» en el artículo 25 del TCTJCA son cuando las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento acudan a la SGCA, primero, y al Tribunal Andino, después.

Por su parte, el artículo 110 del ETJCA prescribe que: «La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que este [énfasis añadido] pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

De la normativa andina citada se desprende que la sentencia declarativa del incumplimiento tiene efectos particulares y alcance individual como título legal y suficiente para solicitar la indemnización ante el juez nacional. Cuando la acción por incumplimiento es activada por personas naturales o jurídicas ante el TJCA, estas no actúan como meros denunciadores, sino como una parte procesal activa, cuya finalidad es obtener consecuencias individuales para el restablecimiento de sus situaciones jurídicas.

La jurisprudencia andina ha especificado que solo el particular que participó en las dos etapas —como reclamante en la fase precontenciosa ante la SGCA y como demandante en la fase judicial ante el TJCA— podrá luego utilizar la sentencia condenatoria para reclamar una indemnización ante los jueces nacionales en el marco del artículo 30 del TCTJCA:

Sin perjuicio de la responsabilidad por los daños que hubieren sido causados, conforme a lo previsto por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal que sienta el principio y establece expresamente la responsabilidad patrimonial de los países miembros por infracción del derecho

27 Véanse: Auto del TJCA de 20 de octubre de 1999, Proceso 1-AI-97 (Sumario por incumplimiento de sentencia), p. 3; y el Auto del TJCA de 6 de marzo de 2002, Proceso 53-AI-99 (Sumario por incumplimiento de sentencia), p. 1.

28 Concordado con los artículos 112 a 120 del ETJCA que regulan el procedimiento sumario por incumplimiento de sentencia.

comunitario a favor de las partes que han promovido la acción de incumplimiento tramitada, en la etapa prejudicial, ante la SGCA y en la etapa judicial ante el Tribunal comunitario²⁹.

En consecuencia, la facultad contenida en el artículo 30 del TCTJCA con relación a la sentencia por incumplimiento solo favorecerá al particular demandante que intervino en la etapa precontenciosa ante la SGCA y en la etapa judicial ante el TJCA. Para el particular demandante que promovió la acción por incumplimiento, el derecho a la reparación nace de la violación de un derecho cuya existencia es anterior a la sentencia del TJCA y que esta viene solo a constatar.

Por otra parte, es preciso mencionar que el ETJCA prevé el trámite incidental de la participación procesal de los terceros en condición de coadyuvantes de las partes. De conformidad con su artículo 72:

Puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, quien sin ser sujeto de la sentencia, tenga un interés jurídico sustancial en el proceso y pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

La solicitud de coadyuvancia deberá cumplir con los requisitos de la demanda o de su contestación, en lo que fuere aplicable. El Tribunal declarará la procedencia o improcedencia de la solicitud.

El tercero admitido tomará el proceso en el estado en que se encuentre.

En el supuesto que el particular afectado pretenda coadyuvar a la parte demandante en contra del país miembro demandado, deberá cumplir con los requisitos de la demanda en cuanto resulten aplicables³⁰, por lo que deberá presentar: (i) las pruebas que demuestren la afectación de sus derechos subjetivos, y (ii) la declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional en el marco del artículo 31 del TCTJCA.

En el presente estudio, se postula que la sentencia por incumplimiento dictada por el Tribunal constituirá título legal y suficiente para que el tercero coadyuvante de la parte demandante pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere, al amparo del artículo 30 del TCTJCA. En todo caso, el plazo para presentar la demanda en sede nacional empezará a correr desde la notificación a él de la sentencia del TJCA.

Dados los paralelismos que se están realizando entre la CAN y la UE, es de interés señalar que, si bien en el marco de la UE los particulares carecen de legitimación activa para la interposición del recurso por incumplimiento ante el TJUE, sí pueden esgrimir ante los jueces nacionales una sentencia condenatoria emitida por dicho Tribunal, la cual contribuirá a que se trate de una violación suficientemente caracterizada, para reclamar del Estado una reparación de los perjuicios sufridos por la infracción constatada de una norma comunitaria. Y ello pese a la ausencia en los tratados de la UE de una disposición equivalente al artículo 30 del TCTJCA. En la práctica no hay, por tanto, diferencia entre el sistema CAN y el sistema de la UE a los efectos de la reparación de los perjuicios que debe afrontar el Estado miembro condenado.

29 STJCA de 24 de octubre de 2007, Proceso 143-AI-2005, pp. 21-22.

30 Artículo 49 del ETJCA.

3.3. ¿Proceso ejecutivo o proceso ordinario?

La acción por daños y perjuicios derivada de una sentencia por incumplimiento no puede ser demandada ante los jueces nacionales en un proceso ejecutivo, al no ser posible la reclamación de un título o sentencia que carezca del monto de la reparación. A continuación se planteará que la vía adecuada sería a través de un proceso de conocimiento ordinario, que es el que propiamente se aplica a un proceso por daños y perjuicios.

El proceso ordinario es una vía de conocimiento donde se discute y se investiga un derecho incierto, por lo que las etapas propias de su proceso requieren más tiempo que en el ejecutivo, toda vez que en la acción ejecutiva el derecho ya se encuentra debidamente establecido y solo queda ejecutar la prestación o la obligación precisa de dar, de hacer o de no hacer.

Por lo tanto, los daños y perjuicios deberán ser reclamados en un proceso de conocimiento ordinario, dado que no se encuentra especificado su importe en cantidad líquida y determinada, ni mucho menos están establecidas las bases para la consiguiente liquidación.

Adicionalmente, de las legislaciones nacionales de los países miembros se desprende que toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario³¹. Por lo tanto, la afirmación del artículo 30 del TCTJCA de que la sentencia «constituirá título legal y suficiente» no puede entenderse en el sentido de un supuesto «mérito ejecutivo de la sentencia», tal como erróneamente indica la rúbrica del artículo 110 del ETJCA.

Ahora bien, ¿qué pasaría si el particular afectado, en su calidad de demandante, solicitara en su *petitum* que el TJCA se pronuncie expresamente sobre el monto indemnizatorio para ser así pasible de un proceso ejecutivo? ¿Podría el TJCA determinar la suma de dinero para otorgarle a la sentencia la condición de «título ejecutivo»?

Como punto de partida, se puede afirmar que la pretensión expresa contenida en la demanda crearía una obligación del Tribunal Andino de pronunciarse sobre dicho extremo, sea de manera afirmativa o negativa. Al respecto, el principio de congruencia procesal exige:

Por un lado que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o medios impugnatorios [énfasis añadido]³².

En efecto, el juez no puede modificar, ignorar ni eliminar la pretensión del demandante, por lo que debe pronunciarse acogiendo o rechazando (total o parcialmente) todas y cada

31 En Bolivia, el artículo 316 del Código de Procedimiento Civil señala que: «Todo asunto contencioso que no esté sometido a trámite especial se sustanciará y resolverá en proceso ordinario».

En Colombia, el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil regula que: «Se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial».

En Ecuador, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil señala que: «Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario».

Finalmente, en el Perú, el artículo 475 del Código Procesal Civil señala que: «Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que: 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación [...]».

32 Caso contra Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A., Corte Suprema de la República del Perú, casación n.º 1308-2001, Lima, 7 de agosto de 2001. Citado por Avendaño Leyton (2016).

una de las pretensiones procesales puestas a su consideración, ya que según Gustavo Calvino (2015): «La congruencia procesal desde un punto de vista funcional es garantía, pues asegura que el juez no va a fallar algo distinto de lo que piden las partes, ni más allá, ni omitiendo alguna de las cuestiones conducentes a la solución del litigio puestas a su consideración [énfasis añadido]» (p. 19).

En relación con la cuestión de qué sucedería si el demandante solicita como pretensión en el escrito por el que interpone la acción por incumplimiento que el TJCA se pronuncie expresamente sobre el monto indemnizatorio, cabrían dos posibles posiciones.

Por un lado, se podría admitir la capacidad del Tribunal Andino para expresarse sobre dicho extremo, argumentando que el artículo 30 del TCTJCA y el artículo 110 del ETJCA (titulado «Mérito ejecutivo de la sentencia») no prohíben que se pronuncie sobre el monto indemnizatorio. Es decir, en caso de serle solicitado por el demandante, el TJCA podría determinar el monto indemnizatorio y luego con dicha sentencia el particular afectado podría acudir en proceso ejecutivo para «[...] solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere».

El principio de legalidad conduce, en cambio, a la conclusión contraria. En efecto, Victoria Iturralde Sesma (1998) ha expresado que:

En la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está permitido excepto aquello que está prohibido, mientras que en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto de que todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido. La distinción no tiene valor puramente teórico: en caso de laguna, si un sistema imperativo se rige por el primer postulado deriva que el comportamiento no previsto debe considerarse permitido, si se rige por el segundo el comportamiento no previsto debe considerarse prohibido. (p. 211)

Para Norberto Bobbio, el presupuesto de la primera fórmula (todo está permitido excepto lo que está prohibido) es la libertad natural. En cambio, el presupuesto de la segunda fórmula (todo está prohibido excepto lo que está permitido) es la falta de libertad. La aplicación o no de ambos principios se encuentra en función de la esfera del derecho (privado o público). En suma, esta diferencia de situaciones corresponde a la tradicional distinción entre la esfera del derecho privado y la del derecho público³³.

En esa misma línea, Hans Kelsen (1934) establece que la distinción reside en el sujeto: «El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado, o mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, solo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente» (p. 290, citado por Iturralde Sesma, 1998, p. 211).

En definitiva, en la esfera del derecho público se aplica el postulado opuesto de que «todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido». Por mor del principio de legalidad, el TJCA solo puede realizar lo que le está permitido y dentro del marco de las competencias expresamente atribuidas por los países miembros. Efectivamente, el principio de atribución de competencias limita la actuación de las instituciones de las organizaciones internacionales a los poderes que les han sido conferidos por los Estados miembros.

33 Compárese con Bobbio (1958, pp. 159-160), citado por Iturralde Sesma (1998, pp. 210-211).

Si se toma en consideración los antecedentes históricos, cabe recordar que durante la discusión y debate del Protocolo de Cochabamba se propuso reconocer al TJCA una nueva competencia que permitiera a los particulares acudir a la jurisdicción comunitaria para que determinara la responsabilidad por daños y perjuicios causados por los países miembros. En su momento, esta propuesta fue rechazada³⁴. Este rechazo de los países miembros dejaría claro que el TJCA no podría determinar el monto indemnizatorio o el importe de la condena, circunstancia que otorgaría a sus sentencias la condición de «título ejecutivo».

Por todos estos motivos, en caso de serle solicitado por el demandante, el Tribunal Andino no puede determinar el monto indemnizatorio, siendo ello una competencia exclusiva del juez nacional dentro de un proceso de conocimiento ordinario, que es el que propiamente se aplica a un proceso por daños y perjuicios. El juez nacional es el único competente para llevar a la práctica el contenido de la sentencia del TJCA y eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento, mediante, por ejemplo, la reparación del daño causado.

4. El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que no interpone una previa acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA).

A continuación, se tratará la acción reparatoria que se promueve exclusivamente ante el juez nacional sobre la base del artículo 31 del TCTJCA. La producción doctrinal relativa a esta vía es prácticamente nula y la jurisprudencia (nacional o comunitaria) es escasa.

Dentro de la jurisprudencia andina cabe rescatar la siguiente caracterización del mecanismo mencionado:

En conclusión, el mecanismo previsto en el artículo 31 del Tratado del TJCA tiene las siguientes características:

- (a) Los sujetos activos son las personas naturales o jurídicas.
- (b) Los jueces competentes son los jueces nacionales que conozcan las acciones internas respectivas.
- (c) El procedimiento utilizado es el correspondiente a la acción interna, de conformidad con las previsiones procesales del derecho nacional.
- (d) El objeto: que el juez nacional declare la invalidez de una norma interna por contrariar el ordenamiento jurídico comunitario andino, o que determine la responsabilidad extracontractual del país miembro por su incumplimiento.
- (e) Si el particular escoge la vía del artículo 31 del Tratado, ya no puede acudir simultáneamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la acción de incumplimiento.
- (f) El juez de última instancia que conoce un asunto con base en el mecanismo del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, debe solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad una interpretación prejudicial, de conformidad con las previsiones del derecho comunitario andino sobre la materia³⁵.

34 Véase el Acta de la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1992, pp. 165-188.

35 STJCA de 15 de febrero de 2012, Proceso 111-IP-2011, p. 13.

Varios de los rasgos apuntados merecen comentarios adicionales. Sin embargo, antes es preciso lamentar que, al identificar el objeto de la acción ante el juez nacional, en el literal (d), el TJCA mezcle dos cosas conexas, pero distintas: (i) la inaplicación (se habla incluso de «invalidez») de la norma interna contraria al ordenamiento andino como forma de lograr el restablecimiento del derecho infringido, lo cual apunta al efecto directo de la disposición andina de que se trate, y (ii) la determinación de la responsabilidad patrimonial del país miembro por su incumplimiento, que constituye propiamente el propósito de la acción reparatoria del artículo 31 del TCTJCA.

El TJCA sí ha sabido destacar el papel que desempeñan los jueces nacionales en el marco de este precepto, actuando como «jueces comunitarios». La consecución de los objetivos del proceso de integración, así como el cumplimiento y la plena eficacia de su ordenamiento jurídico se apoyan, principalmente, en los órganos públicos nacionales, quienes de manera descentralizada deberán cooperar lealmente con los órganos comunitarios. Al respecto, se ha dicho que la principal responsabilidad por la aplicación del derecho comunitario recae justamente en las administraciones públicas y en las cortes nacionales³⁶.

La vía directa del artículo 31 del TCTJCA ante el juez nacional es más inmediata, ya que, ante la violación de sus derechos, los particulares tienen expedita esta acción para solicitar su salvaguarda judicial, como si se tratara de derechos que provienen de su propia normativa interna, «[...] a través de los instrumentos procesales propios del ordenamiento jurídico interno»³⁷.

En palabras de Suárez Mejías (2003): «La principal ventaja de esta vía es que no está en manos de la Comunidad, sino de los jueces nacionales y los gobiernos de los Estados miembros, quienes no rechazan obedecer a sus propios tribunales en la generalidad de los casos» (p. 224).

En esa misma línea, Genaro Baldeón Herrera (2003) ha afirmado que:

Los particulares son sujetos de derecho comunitario y, por tanto, titulares de derechos subjetivos que pueden ser reivindicados ante el Tribunal Andino, pero como mayor eficacia ante los jueces nacionales. Sin duda, la función de los jueces nacionales es de la mayor relevancia para que los particulares puedan hacer efectivos los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Son los jueces nacionales quienes deben asegurar el restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas de los ciudadanos y los que, en definitiva, tienen la responsabilidad de otorgar una protección judicial efectiva, inaplicando las normas internas incompatibles con el derecho comunitario e indemnizando a los particulares afectados en sus derechos por las infracciones al orden jurídico de la CAN cometidas por las autoridades nacionales (pp. 273-274).

El TJCA ha admitido que, en primera instancia, el juez nacional podría valorar *prima facie* el eventual incumplimiento del país miembro en el marco de una acción indemnizatoria, sin necesidad de solicitar una interpretación prejudicial. El juez nacional tiene competencia plena para declarar el incumplimiento sin tener que esperar una interpretación prejudicial del TJCA, derivando ello del mismo Tratado y del derecho interno a la vez: en lo sustantivo del derecho

36 Compárese con Comisión de las Comunidades Europeas (2001, p. 6).

37 STJCA de 15 de febrero de 2012, Proceso 111-IP-2011, pp. 10 y ss. También véase la STJCA de 15 de marzo de 2013, Proceso 106-IP-2012, pp. 12-13.

comunitario, pero en lo procesal del derecho nacional³⁸.

Tal planteamiento resulta a *contrario sensu* de su afirmación según la cual resulta obligatorio solicitar la interpretación prejudicial cuando el órgano jurisdiccional nacional sea de única o de última instancia ordinaria:

En el marco de la vía judicial del artículo 31 del Tratado del TJCA, el juez interno si es de última instancia y con el objetivo de lograr coherencia en el sistema, al conocer de una demanda de conformidad con las previsiones de su derecho interno, debe solicitar la correspondiente interpretación prejudicial. [...] El juez de última instancia que conoce un asunto con base en el mecanismo del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, debe solicitar al TJCA una interpretación prejudicial, de conformidad con las previsiones del derecho comunitario andino sobre la materia³⁹.

Al respecto, cabe recordar que en el asunto Sofaven el juez venezolano no planteó la cuestión prejudicial a la que estaba facultado. No debió necesitar que el TJCA le aclarara, por ejemplo, si la norma andina violada era atributiva de derechos para el particular.

Semejante planteamiento refuerza el papel de los jueces nacionales como «jueces comunitarios». Así los ha calificado el TJCA:

Que este Tribunal es competente para interpretar en vía prejudicial [...] siempre que la solicitud provenga de juez nacional también con competencia para actuar como juez comunitario [...] La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los tribunales de cada uno de los países miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el derecho comunitario [...] ⁴⁰.

El artículo 31 del TCTJCA ha empoderado al juez nacional, como «juez comunitario», con la facultad de valorar el incumplimiento de un país miembro en el marco de una acción indemnizatoria. En esa misma línea, la jurisprudencia andina ha establecido que «le corresponde al juez nacional establecer dentro de la normativa interna si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo»⁴¹.

El juez nacional no necesita de una sentencia previa del TJCA, sea una sentencia en acción por incumplimiento o en interpretación prejudicial, a efectos de poder concluir la responsabilidad del Estado por infracción del derecho comunitario. Aunque no hay que desconocer que encontrarse con tal sentencia permitiría allanar el camino⁴².

Sobre este punto, Ricardo Alonso García (1994) concluye que:

Una previa constatación del incumplimiento por el Tribunal de Justicia reforzaría el pronunciamiento del juez nacional declarando en su caso, la existencia de responsabilidad, pero no podría considerarse, sin embargo, *conditio sine qua non* [...] los derechos en beneficio de

38 Compárese con Andueza (1986, pp. 122-123).

39 STJCA de 15 de febrero de 2012, Proceso 111-IP-2011, pp. 10 y ss.

40 STJCA de 12 de noviembre de 2003, Proceso 131-IP-2003, pp. 11-12.

41 STJCA de 25 de febrero de 1994, Proceso 6-IP-93, p. 5.

42 Compárese con Canuto (2010, p. 36).

los particulares derivan de las disposiciones mismas del derecho comunitario [...] dotadas de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y no, por consiguiente, de una sentencia comunitaria declarativa de un incumplimiento. (pp. 305-306)

5. Aspectos comunes de los mecanismos previstos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA

Tras revisar los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, se analizarán algunos de los elementos que ambos tienen en común.

5.1. La común remisión al derecho nacional.

Las vías de los artículos 30 y del 31 del TCTJCA dan entrada, ambas, al derecho nacional. Sobre la función de los regímenes nacionales de responsabilidad pública, Alonso García (2012) ha indicado que ellos desempeñan: «Un papel estelar en el funcionamiento del régimen de responsabilidad europeo, ya que este sigue inspirándose en los derechos nacionales, atento el TJUE a la evolución que estos vayan sufriendo tanto en el terreno legislativo como en el doctrinal y en el jurisprudencial» (p. 340).

Para hacer las reclamaciones por daños sufridos por el incumplimiento del derecho andino por parte de los Estados, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de estas acciones son los mismos que en el derecho interno tienen competencia para conocer las acciones contra el Estado:

- (i) En Bolivia: en primera instancia son los Tribunales de Sentencia y los jueces con jurisdicción donde ejercen competencia en razón de territorio, naturaleza o materia; y, en segunda instancia, los Tribunales Departamentales de Justicia⁴³.
- (ii) En Colombia: en primera instancia son los Tribunales Contencioso Administrativos regionales; y, en segunda instancia, el Consejo de Estado, Sección tercera, que es la que conoce de los asuntos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado⁴⁴.
- (iii) En Ecuador: El Tribunal Contencioso Administrativo es la única instancia judicial ordinaria, según el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁴⁵; contra su sentencia cabe únicamente recurso extraordinario de casación

43 Ley del Órgano Judicial, de 24 de junio de 2010.

44 El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este». El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. El precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber; que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. Para un mayor detalle, véase: Ruiz Orejuela (2010, p. 193).

45 «Artículo 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo:

- (a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;
- (b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que esta-

ante la Corte Nacional de Justicia y solo para casos muy especiales. En el marco del artículo 31 del TCTJCA, el Tribunal Contencioso Administrativo se encuentra obligado —siempre y en todo caso— a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA.

- (iv) En el Perú: en primera instancia es el Juez Especializado en lo Civil; y, en segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia⁴⁶.

En el marco de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, el juez nacional aplicaría, en primer lugar, los aspectos procedimentales o formales de la normativa nacional concerniente al plazo nacional para el ejercicio de la acción de responsabilidad, la forma y el procedimiento del cálculo de la reparación del daño o las medidas cautelares.

En este punto, se hace hincapié en que la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del derecho andino se da no en sí por el incumplimiento mismo, sino por el posible daño que pueda haber sufrido un particular con el respectivo incumplimiento. En otras palabras, si hay un incumplimiento, pero no hay daño, no hay entonces lugar a la responsabilidad de los Estados. Para ello es preciso que concurren: (i) la demostración de la afectación de derechos del particular; (ii) la existencia de un incumplimiento, y (iii) el nexo causal directo entre la infracción y el daño cuya indemnización se pretende. Es el juez nacional quien deberá verificar la existencia del daño y del nexo causal directo antes de reconocer indemnización alguna, lo cual no siempre desembocará, de manera automática, en la responsabilidad del Estado infractor.

Respecto de la remisión a los regímenes nacionales, en el presente estudio se propone que operen las mismas limitaciones que el TJUE ha identificado en el ámbito europeo, de tal manera que la primacía del derecho comunitario impondrá la inaplicación de las normas nacionales que obstaculicen la consecución de la reparación. Las reglas que presiden el ejercicio de las acciones de responsabilidad ante las cortes domésticas por infracción del derecho andino no pueden ser menos favorables que las que presiden las acciones basadas en puro derecho interno (principio de equivalencia), ni tampoco pueden hacer imposible o excesivamente difícil el derecho de reparación (principio de efectividad)⁴⁷.

blezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquella [...]».

- 46 La responsabilidad del Estado peruano se encuentra regulada en los artículos 1969, 1970, 1979, 1980 y 1981 del Código Civil. Un proyecto de reforma del Código Civil encaminado a darle una mayor claridad y precisión a la responsabilidad del Estado fue rechazado con el argumento de que no era conveniente llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse «asediado» por procesos judiciales sobre su responsabilidad civil. Para un mayor detalle, véase: Trazegnies (1995, p. 227).

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo 017-93-JUS, señala lo siguiente:

«Artículo 49.- Competencia de los Juzgados Civiles.

Los Juzgados Civiles conocen: [...] 4.- De los asuntos civiles contra el Estado, en las sedes de los Distritos Judiciales [...]».

«Artículo 40.- Competencia de las Salas Civiles.

Las Salas Civiles conocen: (1) De los recursos de apelación de su competencia conforme a ley; (2) De las quejas de derecho, contiendas de competencia y conflictos de autoridad que les corresponde conforme a ley; (3) En primera instancia, de los procesos sobre responsabilidad civil derivadas del ejercicio de sus funciones, contra los Jueces Especializados o Mixtos, los Jueces de Paz Letrados, y los Jueces de Paz; (4) De las contiendas de competencia entre los Jueces Civiles; (5) Como primera instancia, en las acciones contencioso-administrativas de su competencia; y (6) De los demás procesos que establece la Ley».

- 47 STJCE de 19 de noviembre de 1991, as. Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República italiana, C-6/90

Esas mismas limitaciones juegan igualmente respecto del cálculo de la indemnización, que se determina de conformidad con el derecho nacional, pero teniendo presente que los criterios que resulten de este ordenamiento no pueden ser menos favorables que los que operan frente a reclamaciones similares basadas en el derecho interno, ni articularse de manera que la reparación sea prácticamente imposible o excesivamente difícil de obtener. Además, como en la UE, la reparación debe ser proporcional al perjuicio sufrido⁴⁸.

La siguiente jurisprudencia andina sobre marcas es aplicable respecto de los elementos a tomarse en cuenta en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios:

El artículo 243 de la Decisión [486] enuncia, en forma no exhaustiva, los criterios que deberán tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización [...] cuya existencia haya sido oportunamente probada en el curso del proceso por el actor: Este deberá aportar, igualmente, la cuantía de los daños y perjuicios en referencia o, al menos, las bases para fijarla. Se entiende que será indemnizable el daño que, sufrido por el titular, se encuentre causalmente enlazado con la conducta del infractor [...] será indemnizable el daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por el titular como consecuencia de la vulneración del derecho al uso exclusivo de su marca [...] el lucro cesante, es decir, las ganancias que el titular de la marca protegida habría obtenido mediante la comercialización normal de sus productos [...] el monto de los beneficios obtenidos por el infractor [...] el precio que habría tenido que pagar por la concesión a su favor de una licencia contractual de explotación de la marca⁴⁹.

Dentro del proceso de reparación, el juez nacional tendrá la facultad de determinar si el perjudicado ha obrado con «diligencia razonable» para evitar o reducir el daño y comprobar si ha ejecutado oportunamente todas las acciones que hubiere podido ejercitar, en virtud que el nexo causal puede debilitarse o hasta desaparecer en consideración a la conducta del mismo perjudicado⁵⁰.

Esta remisión al ordenamiento nacional abarca también los aspectos sustantivos o materiales, al menos en la medida en que el ordenamiento interno contemple unos requisitos más favorables para el particular para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto, el régimen europeo de responsabilidad de los Estados miembros impone la aplicación del

y C-9/90. Para un mayor detalle, véanse: Guichot Reina (2016, pp. 49-101); e Ibáñez García (2009, pp. 141 y ss.).

48 Según reiterada jurisprudencia europea, la reparación debe ser proporcional al perjuicio sufrido: «Para que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización o reparación efectiva de forma disuasoria y proporcionada, el artículo 18 de la Directiva 2006/54 obliga a los Estados miembros que elijan la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas que prevean el abono de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, según los procedimientos que determinen [...] las sanciones, que “podrán incluir la indemnización a la víctima”, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». Véase la STJUE de 17 de diciembre de 2015, as. C407/14, apartados 37, 38 y 45. Asimismo, «debe señalarse que la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido [énfasis añadido], de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos». Véase la STJCE de 5.3.1996, as. Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C-48/93, apartado 82.

49 STJCA de 17 de agosto de 2014, Proceso 80-IP-2014, p. 24.

50 Véase: STJCE de 19 de mayo de 1992, as. J.M. Mulder y otros y Otto Heinemann vs. Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas, C-104/89 y C-37/90.

régimen nacional si este es más favorable para el particular; puesto que el Estado puede incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos con arreglo al derecho nacional⁵¹.

Edorta Cobrerros Mendazona (2015) ha reformulado que «para el supuesto de que el régimen interno estatal fuera más generoso —esto es, exigiera menos requisitos o lo hiciera con menor intensidad—, el mínimo común resarcitorio de derecho de la Unión Europea quedaría desplazado o sustituido por aquel» (p. 28).

Suárez Mejías (2006b) señala que es probable que este estándar mínimo no sea aplicable a Colombia y Venezuela, ya que ambas legislaciones nacionales son más favorables y generosas:

Están tan adelantadas [...] que parece que el *standard* mínimo que pretendió la jurisprudencia europea [...] es superado por aquellas en los países andinos hasta el punto de que, a diferencia de la jurisprudencia europea, que tiende a subjetivizarse, los ordenamientos jurídicos nacionales consideran la responsabilidad patrimonial de los Estados como objetiva en líneas generales, aunque hay algunos aspectos en los que la subjetividad pudiera tener cabida, pero, en todo caso, es la excepción. (p. 88)

Particularmente, Suárez Mejías desarrolla el caso de Venezuela, que cuenta con un régimen nacional más beneficioso para el particular: El artículo 140 de la Constitución establece un régimen mixto de responsabilidad administrativa, en el cual, al lado de la tradicional responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración —muy parecida a la responsabilidad por hecho ilícito del derecho civil—, resulta procedente la responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular si el ciudadano demuestra que por una acción u omisión administrativa, aunque sea totalmente legal, se ha producido una violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, al sufrir un daño anormal y especial⁵².

En otras palabras, en Venezuela cabe invocar la responsabilidad del Estado incluso por actos u omisiones legales y legítimas⁵³, pero que causen un sacrificio al particular. Por lo tanto, de haber continuado como país miembro de la CAN, Venezuela hubiera tenido que aplicar su legislación nacional —más favorable y generosa para los particulares—, en lugar del estándar mínimo comunitario.

Sin embargo, debe considerarse de manera especial que «hay países como Bolivia y Perú en donde la responsabilidad patrimonial es prácticamente inexistente, por lo que un estándar mínimo europeo pudiera ser conveniente» (Suárez Mejías, 2003, p. 91).

5.2. La común contribución al *enforcement* privado del derecho andino.

Al inicio de este acápite, se presentan las siguientes palabras de Bert Van Roosebeke (2007):

Law is useless without enforcement. The process of making national law equally enforceable not just against individuals or friends of the mighty but also against the mighty themselves, has

51 STJCE de 5.3.1996, as. Brasserie du Pêcheur, C-46/93 y C-48/93, párrafos 93 y ss.

52 Compárese con Suárez Mejías (2006b, p. 133). Sobre el caso venezolano, véase también Suárez Mejías (2007, pp. 125 y ss.).

53 En el ámbito europeo, el TJUE rechazó la existencia de un régimen de responsabilidad de la Unión por actividad lícita en el estado actual de la evolución del Derecho europeo, a la luz «del examen comparativo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros» (asunto FIAMM vs. Consejo y Comisión de 2008). Véase: Alonso García (2012, p. 340).

been a long lasting journey. Nowadays, this is a cornerstone of the constitutional democratic State. Making supranational or even international law enforceable against States is a story still unfolding. (p. 15)

En el ámbito europeo, varios autores han recogido la distinción entre el *enforcement* público y el privado⁵⁴. Al respecto, el mismo autor Van Roosebeke (2007) ha explicado que:

The first one is a so called "public enforcement procedure". As "guardian of the Treaty", the European Commission was given the power to bring to the European Court of Justice any Member State which infringes Community law. [...] More than 90 % of the cases are solved before reaching the European Court of Justice, illustrating that both the Commission and the member states appreciate a "diplomatic" solution of infringement problems. [...] one of the most famous and contended products of jurisdiction of the European Court of Justice: the liability of Member States of the European Community for breaches of European legislation. This so called "Francovich doctrine" has been developed by the European Court of Justice as an alternative —since private— law enforcement mechanism to the European Commission's public enforcement activities. (pp. 15-16)

Por su parte, Tallberg (2000) ha escrito que:

Whereas supervision through the Article 169 procedure is centralized, active, and direct, granting the supranational institutions an immediate role in the enforcement of member state compliance (police-patrols), supervision through national courts is decentralized, reactive, and indirect, where the role of the institutions consists in creating and perfecting a system permitting citizens and companies to independently secure their rights under EC law (fire-alarms). (p. 108)

En la CAN, se tiene tanto el *enforcement* público (artículos 23 a 29 del TCTJCA, que regulan la acción por incumplimiento ante el TJCA), como el *enforcement* privado (artículos 30 y 31 del TCTJCA).

Particularmente, la activación del mecanismo establecido en el artículo 31 del TCTJCA constituiría una eficaz medida disuasoria de conductas antijurídicas y evitaría que las autoridades nacionales cometan infracciones, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento del ordenamiento jurídico comunitario y al resguardo de los derechos de los particulares, cual sistema de «*fire-alarms*» a través de las cortes nacionales (Tallberg, 2000, p. 108).

A manera ilustrativa, se puede mencionar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se pronunció sobre la incompatibilidad de la normativa francesa con la normativa comunitaria sobre la fijación de precios de los tabacos importados de los países miembros de la Comunidad Europea y la fijación de los precios de venta al público⁵⁵. Mediante sentencia nacional, el Consejo de Estado francés afirmó que los demandantes tenían derecho a reclamar una indemnización «cuyo montante debe establecerse teniendo en cuenta la diferencia que existe entre los ingresos percibidos sobre la base de los precios de venta fijados en virtud de

54 Sobre el *enforcement* público y privado en la UE y la contribución de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros al *enforcement* privado, véanse: Lock (2012, pp. 1675 y ss.); y Tallberg (2000, pp. 104 y ss.).

55 STJCE de 21 de junio de 1983, as. Comisión c. Francia, 90/82.

la norma cuya incompatibilidad con el derecho comunitario se ha constatado y los ingresos que hubiesen percibido si los precios de venta hubiesen sido fijados legalmente»⁵⁶. La cuantía total de la indemnización ascendió así a 230 000 francos franceses, más los intereses legales correspondientes.

Otro ejemplo es la sentencia nacional que puso fin al conocido asunto *Factortame*, con la concesión de una indemnización a favor de los armadores españoles por una cuantía de ochenta millones de libras esterlinas⁵⁷.

Por su lado, mediante sentencia de 12 de junio de 2003, el Tribunal Supremo de España, asumiendo plenamente la jurisprudencia del TJUE, constató la responsabilidad de la Administración General del Estado español por daños causados a Canal Satélite Digital en violación del derecho europeo por la regulación restrictiva del uso de determinados decodificadores de televisión, y le reconoció una cuantiosa indemnización de más de veintiséis millones de euros⁵⁸.

Los tres ejemplos citados demuestran que los incumplimientos pueden generar obligaciones de reparación sumamente gravosas para los Estados, lo que permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por incumplimiento del derecho comunitario (Ordóñez Solís, 2007, p. 4017).

Queda así patente la contribución del artículo 31 del TCTJCA al *enforcement* privado del derecho andino. Este es un rasgo común que comparte con los artículos 25 y 30 del TCTJCA relativos al régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpuso la acción por incumplimiento ante el TJCA, «al imponer a los Estados una mayor diligencia en el cumplimiento de sus compromisos comunitarios» (Quindimil López, 2006, p. 307), ya que los incumplimientos pueden ahora generar obligaciones de reparación que en algunos casos podrían ser duras de asumir para el tesoro público, tal como sucede en la UE.

El régimen de la responsabilidad patrimonial de los países miembros por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario cumpliría entonces una doble función: por un lado, reparadora y resarcitoria del daño ocasionado a los particulares; y, por otro lado, indirectamente preventiva o disuasoria para evitar o, al menos reducir, los comportamientos infractores de los Estados. De esta manera, la obligación de reparar que se impone al país miembro, «en la medida que constituye una reacción adversa a sus intereses, le inducirá, para preservarlos, a no repetir una conducta que es negativa para los mismos» (Naveira Zarra, 2006, p. 297).

A razón de lo señalado, en virtud de la aplicación de los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se lograrían varios objetivos:

- (i) Se garantizarían los derechos de los particulares establecidos en el ordenamiento jurídico andino.

56 La sentencia del Consejo de Estado francés fue citada por Pérez González (2000, p. 471).

57 Compárese con *Clover* (1999). Citado por Pérez González (2000, p. 451). Martín Rodríguez (2004) ha precisado que: «Mientras que con respecto a *Factortame* sí fue acordada por la House of Lords británica una reparación o indemnización de los daños causados por la violación suficientemente caracterizada (Merchant Shipping Act), la parte *Brasserie du Pêcheur* vio cómo el Bundesgerichtshof alemán le denegaba la indemnización con argumentos poco convincentes y respetuosos del derecho fijado por el TJ» (p. 851).

58 Respecto de dicha sentencia, Ordóñez Solís (2007) señaló que «la recepción de la jurisprudencia comunitaria en nuestro derecho no podía ser más apropiada con una sentencia, como la del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, donde generosamente desborda las expectativas de los europeístas más optimistas» (p. 4030).

- (ii) Se afianzaría el ordenamiento jurídico andino, dotándolo de un mayor *enforcement*, sea mediante las acciones por incumplimiento ante el TJCA, los procesos nacionales o la eventual consulta prejudicial.
- (iii) Se estimularía la internalización del derecho andino y la *cross-fertilization* entre este y los ordenamientos jurídicos nacionales a resultas de la mayor participación de las cortes nacionales.

En definitiva, en la CAN existe un andamiaje coactivo, en términos de *enforcement*, para lograr el cumplimiento del derecho comunitario por parte de los países miembros, en el que, a la acción por incumplimiento, se le suman la autorización de medidas de ejecución de sentencia en el marco del procedimiento sumario y la responsabilidad patrimonial de los países miembros por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario en el marco de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

6. Conclusiones

Sin duda, el ordenamiento jurídico andino ofrece un espacio aparente para la invocación de la responsabilidad patrimonial de los países miembros por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario. No obstante, resulta indispensable que los particulares conozcan, comprendan y empleen este valioso marco jurídico para avanzar en el proceso de integración andino en general. En este contexto, existe la necesidad imperiosa de que los ciudadanos andinos, en su calidad de sujetos y destinatarios del derecho comunitario, activen los mecanismos jurídicos establecidos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

En específico, la activación de ambos mecanismos por las personas naturales y jurídicas contribuiría al *enforcement* privado del derecho andino, como forma descentralizada de «sanción» a través de las cortes nacionales. El costo de incumplir la normativa andina sería muy alto para los países miembros. Asimismo, dado que la indemnización por daños y perjuicios a cargo del país miembro infractor es susceptible de ser repetida contra los responsables directos de tal infracción, aquella se convierte en una medida disuasoria de conductas antijurídicas contra el derecho comunitario. En líneas generales, los incumplimientos pueden generar obligaciones de reparación sumamente gravosas para los Estados, lo que permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por daños derivados del incumplimiento del derecho comunitario.

Por un lado, se advirtió que el artículo 30 del TCTJCA traza un camino muy largo y gravoso para los particulares afectados, puesto que implica tres diferentes tramos: (i) una fase precontenciosa ante la SGCA en Lima, (ii) una fase judicial internacional en acción por incumplimiento ante el TJCA en Quito, y (iii) una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento para hacer efectiva la sentencia del TJCA que constituye «título legal y suficiente» para solicitar la respectiva reparación. A ello se le añade que la acción por incumplimiento implica un proceso judicial internacional, si se toma en cuenta que intervienen Estados —con un interés estatal— y órganos comunitarios —con un interés comunitario—, con lo cual se da lugar a un escenario político-diplomático-internacional.

En cambio, la acción judicial interna en el marco del artículo 31, frente a la del artículo 30 del TCTJCA, cuenta con mayores ventajas para el particular afectado: (i) la vía del artículo 31 solo necesita de una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento, por tanto, es mucho más célere; (ii) el particular actúa exclusivamente ante su juez natural, que le es nece-

sariamente más próximo, y lo hace de conformidad con las previsiones procesales del derecho interno, con las cuales está más familiarizado; y (iii) el particular evita el escenario político-diplomático-internacional de la acción por incumplimiento. En líneas generales, la inmediatez de la vía del artículo 31 resulta más conveniente para el particular afectado a fin de resguardar sus intereses individuales.

Hasta la fecha, el TJCA ha tenido un ámbito material de actuación muy limitado: se ha pronunciado en un 90 % de sus providencias, sobre todo en temas de derecho de la propiedad intelectual. De activarse el mecanismo directo que inicia ante el juez nacional, se podría esperar una mayor diversificación de las materias que entren bajo el conocimiento del TJCA, vía interpretación prejudicial, tomando como motor la iniciativa del interés individual, tal como sucedió en la UE mediante el mecanismo indirecto de las consultas prejudiciales.

Hasta el momento, en el marco del artículo 31 del TCTJCA, tanto las condiciones sustantivas como las procesales para la acción de responsabilidad están determinadas «de conformidad con las prescripciones del derecho interno». Por ello, evidentemente aún no se ha formado una jurisprudencia o una doctrina comunitaria sobre tal acción, que actúe como un «estándar mínimo común», de manera que se unifique el régimen de responsabilidad de los países miembros por incumplimiento del derecho comunitario.

Aun cuando las vías de los artículos 30 y 31 son mutuamente excluyentes (artículo 25 del TCTJCA), eso no es óbice para que una persona natural o jurídica lesionada pueda, sin embargo, incitar la activación del *enforcement* público-comunitario (acción por incumplimiento), a la par que activa motu proprio el *enforcement* privado-nacional (acción judicial interna por indemnización de daños y perjuicios en el marco del artículo 31) en contra del Estado infractor. En ese sentido, si el particular pone en conocimiento de la SGCA un supuesto incumplimiento y aporta información al efecto como mero «denunciante» (y no como «reclamante»), la SGCA tendría la facultad discrecional de abrir o no la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento y el denunciante no podría acceder de manera directa al TJCA. Ese mismo sujeto podría, por otra parte, activar la vía directa ante el juez nacional sobre la base del artículo 31, ello al margen de que, de existir una sentencia condenatoria del Tribunal Andino, el Estado infractor deberá tomar las medidas necesarias para cesar su incumplimiento, so pena de ser objeto de las medidas de ejecución de sentencia autorizadas por el TJCA. En el evento que el procedimiento por incumplimiento sea más rápido y recaiga una sentencia condenatoria del Tribunal Andino cuando la acción ante el juez nacional esté pendiente, esta sentencia del TJCA facilitaría la calificación del incumplimiento como uno «flagrante», de conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623 que contiene el «Reglamento de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento».

REFERENCIAS

- Alonso García, R. (1994). *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Alonso García, R. (2012). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Pamplona: S.L. Civitas Ediciones.
- Andueza, J. G. (1986). *El Tribunal del Pacto Andino*. Quito: Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- Avendaño Leyton, I. (2016, 22 de febrero). El principio de congruencia: Su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del CPC. Recuperado de <http://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/>
- Baldeón Herrera, G. (2003). La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En *Jornada sobre Derecho Subregional Andino* (pp. 254 y ss.). Colección Eventus. Universidad de Margarita.
- Bobbio, N. (1958). *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Calvinho, G. (2015, abril). La pretensión procesal y la regla de congruencia en el sistema dispositivo. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-pretencion-procesal-y-la-regla-de-congruencia-Calvinho-G.-.pdf>
- Canuto, E. (2010). Acción de indemnización y acción de restitución por vulneración del Derecho Comunitario. *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, (235), 32 y ss.
- Clover, C. (1999, 29 de octubre). Britain faces E80m payout to Spanish Fishermen. Recuperado de <http://www.telegraph.co.uk>.
- Cobrerros Mendazona, E. (2015). La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea. *Revista de administración pública*, (196), 11 y ss.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2001). *Informe anual sobre el control de la aplicación del derecho comunitario*, (19).
- Delgadillo Gutiérrez, L. (2005). *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*. México: Porrúa.
- Diez-Hochleitner, J. (1993). La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros. *Revista de Instituciones Europeas*, 20(3). Madrid.

- Garrido Falla, F. (1990). Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Derecho Administrativo*, (3). Buenos Aires.
- González de Troconis, I. (2007). *Solución de controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina: la cuestión de la efectividad*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Guichot Reina, E. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *Revista española de derecho europeo, Civitas*, (60), 49-101.
- Ibáñez García, I. (2009). La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los principios de equivalencia y efectividad respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Noticias de la Unión Europea*, (291), 141 y ss.
- Iturralde Sesma, V. (1998). Consideración crítica del principio de permisión según el cual lo no prohibido está permitido. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (15), 187 y ss. Universidad del País Vasco.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría General del Estado*. Barcelona: Labor.
- Lock, T. (2012). Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich. *Common market law review*, 49(5), 1675 y ss.
- Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D. (2002). *Instituciones y derecho de la Unión Europea. Ciencias jurídicas* (McGraw-Hill); Tecnos.
- Martín Rodríguez, P. J. (2004). La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8(19), 829 y ss.
- Moreiro González, C. et al. (2001). *Derecho Procesal Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Naveira Zarra, M. (2006). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Edersa.
- Ordóñez Solís, D. (2007). La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del derecho de la Unión Europea. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Año 61 (2048), 3995 y ss.
- Pérez González, M. C. (2000). *La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del derecho comunitario* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Phelan, W. (2014). Enforcement and Escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is Not a Replica of the European Union. *Journal of Common Market Studies (JCMS)*.
- Quindimil López, J. (2006). *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz Orejuela, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Saldías, O. (2011, 28-29 de septiembre). La libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. *La Libre Circulación de Personas en los Procesos de Integración Económica*. Seminario. Universidad Carlos III de Madrid.
- Sotelo De Andreau, M. (2007). Las sanciones en materia de responsabilidad del Estado. Problemas actuales y derecho comunitario. En I. Damsky, M. López Olvera, y L. Rodríguez Rodríguez (Dir.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (pp. 297-322). México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM).
- Suárez Mejías, J. L. (2003). La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros y de los órganos comunitarios por la infracción del derecho andino. *Jornada sobre derecho subregional andino* (pp. 215 y ss.). Universidad de Margarita, Colección Eventos.
- Suárez Mejías, J. L. (2006a). El contencioso andino de la responsabilidad patrimonial de los Estados: el caso Sofaven. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje Al Prof. Luis H. Farias Mata*, Tomo II (pp. 355 y ss.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Suárez Mejías, J. L. (2006b). *La responsabilidad patrimonial del Estado y el derecho comunitario: una visión europea, andina y venezolana*. Colección Cuadernos, (10), 136-166. Caracas: Sherwood.
- Suárez Mejías, J. L. (2007). La reforma del artículo 153 de la Constitución de 1999: un severo retroceso de un gran avance. *Revista de Derecho Público*, (112), 125 y ss. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Tallberg, J. (2000). Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability. *Journal of European Public Policy*, 7, 104 y ss.
- Trazegnies, F. (1995). *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1992). Acta de la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Quito.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1993). Exposición de Motivos del «Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena» (1986), *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. Quito.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1994). STJCA de 25.2.1994, Proceso 6-IP-93.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1996). STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1998). STJCA de 24.9.1998, Proceso 2-AI-97.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (1999). Auto del TJCA de 20.10.1999, Proceso 1-AI-97 (Sumario por incumplimiento de sentencia).

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2002a). STJCA de 1.2.2002, Proceso 14-AN-2001.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2002b). Auto del TJCA de 6.3.2002, Proceso 53-AI-99 (Sumario por incumplimiento de sentencia).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2003). STJCA de 12.11.2003, Proceso 131-IP-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2005a). STJCA de 13.1.2005, Proceso 132-AI-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2005b). STJCA de 14.4.2005, Proceso 118-AI-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2007). STJCA de 24.10.2007, Proceso 143-AI-2005.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2012). STJCA de 15.2.2012, Proceso 111-IP-2011.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2013). STJCA de 15.3.2013, Proceso 106-IP-2012.
- Van Roosebeke, B. (2007). *State Liability for Breaches of European Law*. Wiesbaden: GWV Fachverlage GmbH.

SECCIÓN III
DERECHO TRIBUTARIO

LA POTESTAD DEL PODER EJECUTIVO PARA LA «REGULACIÓN» DE LAS TASAS

Hugo Arbieta Alfaro
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría alumnos

El objetivo de este trabajo es analizar la potestad tributaria que le da el artículo 74 de la Constitución Política al Poder Ejecutivo para la «regulación» de las tasas. No resulta claro si el Constituyente facultó al Poder Ejecutivo para crear, estructurar, modificar, derogar y exonerar al tributo tasa o solo se le permite modificar la cuantía de estas.

El presente trabajo indaga en las características de las tasas con el propósito de encontrar las peculiaridades frente al impuesto que expliquen el tratamiento distinto que le otorgó el Constituyente. Además, se busca una interpretación del principio de legalidad y el principio de reserva de ley que respete las características de las tasas.

En este marco, se analiza la potestad tributaria del Poder Ejecutivo, se examina el rango normativo de los decretos supremos que «regulan» las tasas y se comenta la problemática que existe acerca de la clásica visión del principio de legalidad.

Finalmente, se compara la legislación extranjera con la nuestra con el objetivo de encontrar una tendencia sobre la «regulación» de las tasas. Asimismo, se propone una visión de los principios constitucionales según la naturaleza de cada tributo y se evalúa la experiencia de una entidad del Poder Ejecutivo, la SUNARP, con respecto a las tasas que administra.

I. Introducción

El estudio del tributo tasa resulta necesario en el derecho peruano porque su recaudación representa, cada vez en mayor medida, un porcentaje considerable de los presupuestos de las entidades que conforman la Administración Pública^{1,2}. Por ello, la presente investigación trata sobre la potestad tributaria que tiene el Poder Ejecutivo para la «regulación» del tributo tasa.

- 1 El numeral 1 del artículo 1 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444, señala que se entenderá como entidades de la Administración Pública al Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos descentralizados, y a los gobiernos regionales y locales.
- 2 De acuerdo con el Presupuesto Institucional para el año Fiscal 2017 de la SUNARP, aprobado por el Anexo n.º 1 de la Resolución de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos n.º 356-2016-SUNARP/SN, los ingresos de la SUNARP por tasas administrativas (S/ 618 945 400) constituyen el 99.71% de sus ingresos totales (S/ 620 700 000). Asimismo, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) observa el aumento de la recaudación por tasas en los gobiernos regionales y locales entre los años 2013 y 2015. Al respecto, véase la página 67 del Análisis de Rendimiento de los Tributos, documento elaborado por el MEF en agosto del 2016. https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-descarga/rendimiento_tributos2015.pdf

La Constitución Política del Perú de 1993 establece, en el artículo 74, lo siguiente: «Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo» [énfasis añadido].

De acuerdo con este artículo, todos los tributos deben ser creados, modificados o derogados por una ley o norma con rango de ley, salvo los aranceles y tasas, los cuales serán regulados mediante un decreto supremo, norma que es emitida por el Poder Ejecutivo.

La discusión jurídica parte por descifrar si el Poder Ejecutivo tiene la potestad para crear (lo cual implica estructurar la obligación tributaria), modificar y derogar a las tasas, o si solo puede regular la cuantía (tarifa) de este tributo.

El tema de esta investigación no incluye la regulación de los aranceles, pero se utilizará jurisprudencia y doctrina que regula el tratamiento de los aranceles en la medida en que nuestra Constitución les otorga el mismo tratamiento en cuanto a la potestad de ser reguladas por el Poder Ejecutivo.

La elección de esta materia parte como un intento académico de contribuir con el desarrollo de un tema aún no esclarecido en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, se debe señalar que no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre este tema, tal como se demostrará en las siguientes líneas. Además, el desarrollo de este trabajo no solo es un ejercicio teórico, sino que tiene una proyección social relevante, pues contribuirá a mejorar el funcionamiento de la Administración Pública, lo cual repercutirá en beneficio de la sociedad.

Los estudios sobre este tributo deben enfocarse en asegurar que los montos por concepto de tasas constituyan ingresos suficientes para la Administración Pública por la prestación de los servicios y garanticen que no se vulneren los derechos que tienen los contribuyentes frente a la Administración cuando cobra este tributo. En este escenario, resulta vital conocer cómo deben ser creadas y reguladas las tasas.

La hipótesis que aquí se sostiene es que el Poder Ejecutivo es la entidad competente para crear, modificar y derogar sus propias tasas, sin que esto implique que se dejen de observar los argumentos que sostienen que el poder para crear, modificar y derogarlas le corresponde al Poder Legislativo, ya que toda investigación debe observar y cotejar las posiciones que debiliten su postura.

Esta investigación se compone de tres secciones: en la primera se examinarán las características de las tasas y las diferencias frente al impuesto; en la segunda, se analizará cómo debe aplicarse el principio de reserva de ley en el caso de las tasas; y, por último, en la tercera se buscará comparar las diferencias con otras legislaciones sobre la potestad tributaria para la creación y modificación de las tasas.

2. Hacia una definición del tributo tasa

El Estado requiere de recursos para financiar las actividades que debe llevar a cabo de modo que pueda cumplir con el fin supremo que la Asamblea Constituyente le asignó, esto es, garantizar la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 1 de nuestra Constitución Política vigente.

En ese sentido, y como explica Domingo García Belaunde (1998), el Estado capta sus recursos a través de ingresos tributarios, ingresos por empréstitos o ingresos del crédito público e ingresos por explotación del patrimonio. Las «tasas» serían ingresos tributarios que utiliza el Estado como mecanismo de financiamiento (pp. 46-52).

Las tasas, pese a que muchas veces sean imperceptibles por la mayoría de ciudadanos, constituyen una fuente significativa de ingresos para las entidades públicas que prestan servicios a la sociedad, conforme con lo señalado por Eduardo Sotelo (2005, p. 120).

Si bien el objetivo de este artículo es determinar el alcance de la potestad tributaria del Poder Ejecutivo con respecto al tributo denominado tasa y no indagar en profundidad sobre el concepto y características de este tributo, resulta necesario conocer sobre su naturaleza jurídica para entender por qué el Constituyente le otorgó un tratamiento particular en lo referente a su «regulación».

En esta sección se indagará sobre las características que tiene la tasa en nuestro ordenamiento jurídico y se enfocará en tres puntos: la definición de tasa en nuestro ordenamiento jurídico, las características del tributo tasa y la diferencia entre la tasa y el impuesto.

2.1. La definición de tasa en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestra Constitución regula, en su Capítulo IV, el Régimen Tributario y Presupuestal del Estado. Asimismo, en este capítulo se señalan los principios que deben orientar a la potestad tributaria y se otorga un tratamiento diferenciado para las tasas, pero no indica una definición que sirva para entender lo que significa.

La definición de tasa fue introducida en el sistema jurídico peruano por el legislador. En efecto, la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 133-2013-EF, señala lo siguiente:

NORMA II: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

(c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Las Tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación.

Como se puede observar, el Código Tributario le asigna naturaleza tributaria a este ingreso; sin embargo, cierto sector de la doctrina³ llega a negarle dicha naturaleza a las tasas debido a que no existe coercitividad o a que su fuente no es de origen legal, sino contraprestativo.

Sobre este aspecto, se discrepa de esta posición y se concuerda con lo expuesto por Eusebio González (1991), en la medida en que el fundamento para obtener una tasa radica en que existe una norma que habilita al Estado a prestar un servicio y a cobrarle a un particular (p. 83).

3 Al respecto, véase: Jarach, D. (1999, pp. 234-236).

Si bien es cierto que el ciudadano «recibe» una prestación del Estado, no lo es que la fuente de esa prestación radique en el acuerdo de voluntades entre el particular y el Estado, sino que se habilita ese cobro por el *ius imperium* del Estado.

Luego de revisar la definición de tributo propuesta en el artículo 2 del Modelo del Código Tributario del CIAT 2015⁴, se puede señalar que la tasa constituye una prestación pecuniaria exigida por el Estado, a través de una ley para la satisfacción de las necesidades públicas.

Es necesario precisar que la inclusión de la ley como elemento esencial del tributo parte por señalar que, en realidad, no es la ley en el sentido formal lo relevante para brindar una definición de tributo, sino el mandato del Estado; es decir, la imposición de una obligación por voluntad unilateral del Estado, según señala Eduardo Sotelo, citando a Ramón Valdés Costa (1998, p. 297). En este sentido, se considera que la tasa sí constituye un ingreso tributario.

Sobre la clasificación de este tributo, se pueden citar las siguientes definiciones de tasa en la doctrina: Héctor Villegas (2003) sostiene que «[...] la tasa es el tributo cuyo hecho imponible está integrado por un hecho o circunstancia relativo al contribuyente y por una actividad a cargo del Estado que se refiere o afecta en mayor o menor medida a dicho contribuyente» (p. 173). Por su parte, Ramón Valdés (1970) indica que la tasa «[...] es el tributo cuya obligación está vinculada jurídicamente a una actividad del Estado relacionada directamente con el contribuyente» (p. 297). Además, se puede observar en el inciso (c) de la Norma II del Código Tributario que el aspecto objetivo de la hipótesis de incidencia de este tributo se encuentra relacionado con la prestación de una actividad estatal a favor del contribuyente.

También se puede señalar que existe unanimidad en este aspecto; es decir, debe existir la prestación de un servicio por parte del Estado y un sujeto que se encuentre vinculado con esa actividad.

Se debe insistir en este aspecto, pues en la clasificación de las tasas se incluyen los derechos que se cobran por el uso o aprovechamiento de bienes públicos. A su vez, el Tribunal Fiscal —resoluciones del Tribunal Fiscal nums. 09715-4-2008 y 12154-7-2007— indica que el legislador otorgó un tratamiento especial a los derechos, por lo que, en este caso, argumentan, no se exigirá que el Estado preste un servicio.

En este artículo se discrepa de dicha posición, debido a que toda tasa exige que se preste un servicio, conforme sostiene Carmen Robles. Cuando un ciudadano utiliza un bien público y el Estado pretende cobrarle una tasa, tal cobro resulta legítimo en la medida en que el Estado le brinda un servicio, o sea, le permite utilizar ese bien (Robles, 2002, pp. 11-13).

Sin embargo, más allá de la discusión sobre los «derechos», esta aparente unanimidad que se mencionó sobre la prestación estatal empieza a desdibujarse cuando se analiza la efectividad de este servicio. ¿Sería posible señalar que un servicio potencialmente prestado pueda ser considerado válido en nuestro ordenamiento jurídico?

Se considera como prestación potencial de un servicio cuando solo resulta suficiente la organización y descripción del servicio, así como su ofrecimiento a los eventuales contribuyentes, para que surja la exigibilidad del tributo (Villegas, 2003, p. 179).

Se considera que la pregunta formulada debe tener una respuesta positiva. Nuestro ordenamiento jurídico acepta la prestación potencial de un servicio para que la tasa pueda ser exigible. El hecho de que no se utilice el servicio no impide el cobro de la tasa. A modo de

4 Artículo 2: Tributos son las prestaciones pecuniarias que el Estado exige en ejercicio de su potestad tributaria y como consecuencia de un hecho imponible previsto en la ley, al que ésta vincula con el deber de contribuir; con el objeto de satisfacer necesidades públicas.

ejemplo, la obligación del pago del arbitrio por limpieza pública por recolección de residuos sólidos surge cuando la municipalidad coloca contenedores de basura y los camiones pasan frecuentemente para recoger los residuos. En este caso, es exigible el cobro de la tasa, aunque un propietario no genere basura en su predio, por lo que no usaría el servicio.

Por lo tanto, la referencia a la «[...] prestación efectiva de las tasas» que señala el inciso (c) de la Norma II del Código Tributario debe entenderse como la exigencia del Estado de poner a disposición de los ciudadanos un servicio, sin considerar el uso de ese servicio por parte de los ciudadanos.

Ahora bien, las tasas son creadas para financiar a las entidades de la Administración Pública que prestan actividades estatales con incidencia directa sobre los ciudadanos. En este escenario, el Poder Ejecutivo⁵ y los gobiernos regionales y locales son las entidades del Estado que se encargan de realizar dichas prestaciones.

Sobre la clasificación de las tasas en nuestro ordenamiento, se coincide con Bravo Cucci (2015) cuando señala que esta lista (arbitrios, derechos y licencias) no es taxativa y pueden existir otros tipos de tasas, por lo que deberá analizarse la naturaleza por cada cobro que se realice con ocasión de un servicio brindado por el Estado (p. 80).

2.2. Características del tributo tasa.

En esta parte de la investigación, se procederá a analizar las principales características que tiene este tributo en nuestro ordenamiento jurídico. Las características que se explicarán no se encuentran libres de cuestionamientos⁶:

2.2.1. Divisibilidad del servicio.

La divisibilidad, de acuerdo con Ramón Valdés (1970), se refiere a que los servicios que dan lugar al pago de la tasa deben ser susceptibles de ser divididos en unidades de consumo o de uso (p. 299). Asimismo, se cree necesario destacar que la divisibilidad del servicio no implica que el sujeto pasivo de la actuación estatal llegue a beneficiarse necesariamente con la actividad estatal, sino que el costo que implica desarrollar la actividad debe repartirse entre todos los sujetos que se vinculan directamente con la prestación del Estado.

2.2.2. Naturaleza del servicio.

De acuerdo con Sandra Sevillano (2014, pp. 55-58) y Héctor Villegas (2003, pp. 185-189), esta característica constituye uno de los elementos más difíciles para determinar la naturaleza de la retribución que recibe el Estado por la prestación de un servicio. Esta retribución puede calificar como una tasa o un precio público.

El precio público y la tasa son retribuciones por la prestación de algún servicio brindado por el Estado; sin embargo, la fuente, las características y el procedimiento de ejecución varían en cada caso. Ciertamente, se puede observar que el Código Tributario diferencia a las tasas de los precios públicos, pues se le niega la calificación de tributo a los pagos que se realizan por servicios de origen contractual.

5 De acuerdo con La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, publicado el 20 de diciembre del 2007, los organismos públicos que presten servicios constituyen entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo.

6 Al respecto, véase: Valdés, R. (1970, pp. 298-321).

Con respecto a la fuente, es posible señalar, como se mencionó al inicio de esta sección, que la fuente del pago de la tasa radica en que existe una norma imperativa que obliga al pago a todo ciudadano que calce dentro de la hipótesis de incidencia de esa norma. Si el aspecto material (prestación de una actividad por parte del Estado individualizada en un sujeto) y los otros aspectos de la hipótesis de incidencia de la tasa se cumplen en el plano de la realidad, el sujeto que se vincula con esa actividad deberá realizar el pago de la tasa.

A diferencia de la tasa, en el precio público se exige el pago en la medida que existe un acuerdo entre la Administración y el ciudadano. El servicio se brinda a solicitud del ciudadano, pero no existe una norma que obligue al administrado a usar o consumir un servicio prestado por el Estado.

Como ejemplo, el cobro que hace la SUNARP⁷ por el servicio de inscripción registral califica como una tasa por la existencia de una norma jurídica⁸ que obliga al pago por realizar la inscripción del acto jurídico. En cambio, existiría un precio público si, en el caso de la SUNARP, se habilita una fotocopiadora para que los ciudadanos puedan sacar copias de sus documentos. Conviene destacar que el cobro que se haga por el uso de la fotocopiadora, servicio brindado por el Estado a través de la SUNARP, parte de la voluntad del ciudadano de emplear esa máquina y no utilizar la fotocopiadora de cualquier negocio aledaño a dicha institución.

Acerca de la actividad que se presta, se puede señalar que la tasa se cobra por una actividad inherente a la labor del Estado. Sin embargo, no toda actividad que presta el Estado cumple con este requisito, ya que el servicio que califica como inherente es aquel que solo puede prestarlo el Estado. Este requisito es comentado por Ramón Valdés⁹ y Sainz de Bujanda¹⁰, cuando tratan sobre la legislación de Uruguay y España, respectivamente.

A modo de ejemplo, se puede señalar el cobro que se hace por procedimientos registrales o las obtenciones de licencias para realizar determinadas actividades económicas.

En ambos casos, solo el Estado presta estos servicios, lo cual resulta lógico porque existe un fin público que el Estado pretende tutelar con el funcionamiento de dicho servicio: la seguridad jurídica y la certeza sobre los derechos de propiedad que hagan posible el intercambio económico.

En el precio público, la actividad que se presta no es inherente al Estado, por lo que también lo podría prestar un particular, como sucede con el servicio de fotocopias. Es evidente que las librerías, y no solo la SUNARP, pueden prestar ese servicio.

Como se ha visto, la naturaleza del servicio es un elemento relevante para determinar la calificación jurídica que recibirá la retribución por dicho servicio. Algún sector de la doctrina¹¹ consideraba que las retribuciones por los servicios de agua potable o de suministro de energía calificaban como tasas. Al respecto, no parece acertada esta posición en el escenario económico actual.

7 De acuerdo con el artículo 10 de la Ley n.º 26366, Ley que crea el Sistema Nacional y la Superintendencia de Registros Públicos, la SUNARP es un organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia. Esta entidad se encarga de dictar las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos y planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional.

8 Aprobado por Decreto Supremo 017-2003-JUS, publicado el 18 de septiembre del 2003 en el *Diario Oficial El Peruano*.

9 Valdés, R. (1970, pp. 295-345).

10 Sainz, F. (1991, p. 181).

11 Al respecto, véase: Grellaud, G. (1991, p. 72).

El régimen económico neoliberal, aplicado por recomendación del Fondo Monetario Internacional (FMI) en el Perú de los años noventa¹², generó la privatización de muchas actividades que el Estado realizaba a favor de los ciudadanos. En dicho escenario, la prestación de estos servicios públicos pasó a manos de empresas privadas en aras de lograr una mayor eficiencia. De esa manera, se distorsionó la clásica figura del Estado prestador de servicios sociales.

Bajo este nuevo modelo, las empresas privadas participan en la actividad económica para obtener ganancias. Su objetivo no se reduce a recuperar los costos que implica prestar el servicio.

En tal sentido, no se podría exonerar del pago a quien carezca de recursos, pues se espera una contraprestación que satisfaga las exigencias del empresario. Este modelo de funcionamiento (inclusión de ganancia) también constituye una característica relevante para determinar si la retribución califica como una tasa.

Conforme con lo explicado por Valdés (1970), la actividad del Estado «inherente» se torna indispensable para la interacción de la comunidad en una sociedad moderna, por lo que una persona que carezca de recursos económicos debería ser exonerada de pagar por ella; mientras que, en el caso de los otros servicios, como sucede con el servicio de suministro de energía o de agua, en el caso de que no se pague por el servicio prestado, se dejará de contar con dichos servicios (p. 330)¹³.

Sobre el procedimiento de ejecución de las tasas, al calificar este recurso como tributario, serán de aplicación las instituciones jurídicas que se encuentran incluidas en el Código Tributario. En el caso de los precios públicos, la ejecución de estos ingresos deberá someterse a la vía civil correspondiente, bajo el amparo del Código Civil y el Código Procesal Civil.

2.2.2.1. Principio de razonable equivalencia.

Conviene destacar, en similar posición a la de Ramón Valdés (1970), quien desarrolló este concepto, que la ventaja no es un elemento esencial para calificar a un ingreso tributario como tasa. No es necesario que exista un beneficio concreto en el contribuyente por la actividad del Estado (p. 316). Ahora bien, en la medida en que las tasas encuentran su fundamento en la prestación del Estado, se considera pertinente señalar que el cobro que se haga por dicha actividad debe guardar vinculación con los costos que implican realizar la actividad. Por lo tanto, lo que debe exigirse es una «razonable equivalencia» entre lo que cuesta y lo que se cobra; y como indica este autor, esto quiere decir que lo que se cobra por tasa pueda exceder los gastos efectivamente realizados en la actividad a favor del contribuyente, como cuando se incluye una provisión a futuro para perfeccionar al servicio¹⁴.

Conviene destacar la posición expresada por Ruiz de Castilla (2004), quien al comentar sobre los arbitrios explica que el costo de una tasa debe atender necesariamente a los gastos que inciden sobre la prestación de ese servicio, lo que se podría entender como el principio de razonable equivalencia, pero el principio de capacidad contributiva también incidirá para distribuir la carga de este tributo entre los ciudadanos (p. 21).

12 Véase: Gómez, J. (2015, pp. jr-jv).

13 Resulta necesario analizar la constitucionalidad de la suspensión del suministro de agua potable para la población de bajos recursos, teniendo en cuenta la importancia del agua en el desarrollo de la vida. En efecto, el artículo 19 y el numeral 45.4 del Decreto Legislativo n.º 1280 establecen que la entidad prestadora del servicio de saneamiento puede suspender el servicio de agua en caso el cliente no cumpla con realizar los pagos.

14 En nuestro país, esta posición es compartida por Alfredo Vidal Henderson, Enrique Vidal Henderson y Miguel Mur. Véase: Vidal, A.; Vidal, E. y Mur, M. (1991, p. 53).

El profesor Ruiz de Castilla explica que, en el caso de los arbitrios, una vez que la municipalidad conoce los costos de prestación del servicio debe repartir el costo entre los vecinos del distrito; en este caso, deberá cobrar en mayor o menor medida a cada vecino según los indicios que identifiquen a sujetos con mayor riqueza económica, como podría ser el tamaño de un predio.

El Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia n.º 00053-2004-PI/TC, al comentar el principio de razonabilidad para determinar la distribución de los costos, también se adhiere a esta posición cuando indica lo siguiente: «El criterio de razonabilidad determina que, pudiendo existir diversas fórmulas para la distribución del costo total de arbitrios, se opte por aquella que logre un mejor equilibrio en la repartición de las cargas económicas [...]».

Esta explicación resulta relevante porque, de esta manera, se señala que en el tributo tasa también se aplica el principio de capacidad contributiva, pero de una forma distinta de la que influye en el Impuesto a la Renta, por la particularidad de la actividad estatal que en la tasa se evidencia en el aspecto material de la hipótesis de incidencia.

2.2.2.2. Destino de lo recaudado.

Se concuerda con la doctrina cuando señala que el destino de la recaudación de las tasas no constituye una característica esencial para identificar a este tipo de tributo (Villegas, 2003, pp. 175-176).

En efecto, el tributo significa el ingreso de recursos a las arcas públicas, y en ese momento (ingreso del dinero al erario) se termina la obligación tributaria, mientras que el destino (fin) de lo recaudado, es decir, la decisión que opte el Estado sobre el destino de esos recursos, no constituye parte de estudio del derecho tributario, sino de lo que se conoce como derecho financiero (García Belaunde, 1998, p. 38), que incluye la toma de decisiones sobre la forma en la que se gastará el dinero que tiene el Estado, materia que excede el campo de trabajo del derecho tributario¹⁵.

2.3. Diferencia entre la tasa y el impuesto: peculiaridades de la tasa.

No cabe duda de que el desarrollo del derecho tributario se produjo por la importancia que tuvo el impuesto como ingreso tributario a favor del Estado, ya sea por los abundantes ingresos que generaron para las arcas públicas, como por la pesada carga que representaba para sus ciudadanos (Ruiz de Castilla, 2013, pp. 257-260). Asimismo, se puede señalar que el desarrollo de muchas instituciones del derecho tributario proviene del análisis que se realizó sobre los impuestos.

El profesor Geraldo Ataliba (1987) señala que el impuesto es un tributo no vinculado, pues la hipótesis de incidencia del impuesto no incluye una actividad del Estado, sino que el aspecto material incluía un «hecho cualquiera» con prescindencia de alguna prestación estatal (p. 162).

Sin ánimo de descontextualizar la investigación, se discrepa de la posición del maestro cuando señala que un hecho cualquiera puede ser tomado en cuenta para ser incluido en el aspecto material de un tributo. Solo podrá ser un hecho gravado aquel que evidencie capacidad económica de un sujeto particular, al amparo del principio de capacidad contributiva que exige el ordenamiento jurídico, conforme con lo señalado por Eduardo Sotelo (2011, p. 270),

¹⁵ Esta afirmación no implica sostener que se desconozca que la tasa es un tributo vinculado. La vinculación se observa en el aspecto material de la hipótesis de incidencia (prestación de un servicio por parte del Estado), pero no se debe relacionar la «vinculación» de la tasa con el destino de lo recaudado.

Por lo tanto, los hechos reveladores de riqueza serían la adquisición de renta, la tenencia de patrimonio y el consumo.

Sin embargo, se debe precisar que algunos hechos jurídicos que no evidencien capacidad contributiva también podrían ser gravados mediante un impuesto cuando la Constitución preconice o garantice la satisfacción de un interés público¹⁶.

Como se puede observar, el fundamento del impuesto (capacidad contributiva) difiere del fundamento de las tasas (servicio estatal divisible) en que el impuesto se exige porque el sujeto pasivo realiza un hecho económico revelador de riqueza, mientras que el cobro de la tasa se hace porque el Estado presta un servicio divisible.

Cabe indicar que ambos ingresos (impuesto y tasa) sirven para que el Estado pueda desarrollar las actividades necesarias para el funcionamiento de la sociedad; no obstante, la elección del mecanismo de la tasa o del impuesto (o de un precio público) responderá, en mayor o menor grado, a una elección de conveniencia¹⁷.

2.3.1. ¿Es justificado el tratamiento especial que hace la Constitución a las tasas?

Cuando se indica que la tasa es un tributo, se reconoce que la creación de la tasa debe sujetarse a los principios constitucionales tributarios reconocidos en nuestra Constitución. Esta idea implica que el legislador estaría limitado por los principios de reserva de ley, la no confiscatoriedad, la igualdad y el respeto de derechos fundamentales cuando cree la norma pertinente.

Sin embargo, estos principios no pueden interpretarse de forma similar para todos los tipos de tributos, ya que cada especie de tributo presenta características que los hacen distintos, por lo que exigen respuestas y visiones diferentes desde el Estado (Administración Tributaria, Tribunal Fiscal, Poder Judicial) y los ciudadanos.

Una vez que ya se tenga claro lo anterior y que existe una evidente diferencia entre el impuesto y la tasa, se puede cuestionar lo siguiente: ¿resulta razonable que los principios constitucionales tributarios que se aplican sobre el impuesto sean extrapolados a las tasas y contribuciones sin un análisis previo de cada especie?

Como aproximación a la respuesta de la pregunta, es posible señalar el caso ya trabajado en esta investigación sobre la aplicación del principio de capacidad contributiva en los arbitrios. ¿Es posible aplicar el principio de capacidad contributiva de la misma forma que en el caso de los impuestos? La respuesta a la pregunta anterior es negativa.

Se debe entender que el cobro de la tasa tiene por causa la prestación de servicios estatales divisibles a favor de toda la comunidad (sectores sociales con distinta capacidad económica). Después de obtener el costo de la prestación del servicio, que se medirá con base en la «razonable equivalencia», el costo del servicio debe distribuirse entre los miembros de la comunidad. En esa distribución aparece el principio de capacidad contributiva para que la población de bajos recursos no soporte la misma carga de los sectores más pudientes.

Por lo tanto, se puede concluir que los principios constitucionales tributarios son de aplicación para todos los tributos, pero se necesita una previa evaluación de las características

16 El profesor Luis Durán (2004), citando a Cubero y García, indica que el principio de capacidad contributiva no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales (que) «[...] respondan principalmente a criterios económicos o los orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza». Durán, L. (p. 10).

17 Walker Villanueva sostiene que el servicio de serenazgo que prestan las municipalidades debe ser costeado a través de una contribución especial. Véase: Robles, C.; Ruiz de Castilla, F.; Bravo, J. y Villanueva, W. (2016, p. 34).

de estos tributos para analizar cómo se aplicarán los principios constitucionales tributarios en cada caso.

En este orden de ideas, resulta razonable que el Constituyente le haya otorgado un tratamiento especial, en lo referente a su «regulación»¹⁸, a este tipo de tributo (tasa), pues existe una actividad estatal que es realizada por la Administración Pública, lo que no sucede con el impuesto¹⁹.

En efecto, y por guardar cierta similitud con el precio público, resulta razonable que el prestador del servicio, en nuestro caso la Administración Pública, sepa cuánto cuesta realizar esa actividad. Nadie se encuentra en mejor posición que la Administración para conocer todas las características (no solo en la fijación de la cuantía del costo) del servicio que debe brindar.

Finalmente, se cree que ya sea el legislador ordinario o el Poder Ejecutivo el que estructure la obligación tributaria de la tasa, no se puede soslayar la exigencia constitucional de respetar los principios constitucionales y el marco normativo general (Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley de Tributación Municipal, etc.) que asigna nuestra Constitución a la potestad tributaria, pero respetando, en cada caso, la esencia de cada figura tributaria.

3. Principio de reserva de ley con incidencia en el tributo tasa

A continuación, se procederá a analizar la potestad tributaria que ejerce el Estado para la creación de este tributo. A efectos de ubicar la discusión en este capítulo, se partirá por analizar el artículo 74 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 74°.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

Este artículo señala que la potestad de crear, modificar o derogar tributos se realiza por una ley o decreto legislativo, salvo en el caso de los aranceles y tasas. En ese sentido, la discusión

¹⁸ Al respecto, véase el artículo 74 de la Constitución Política del Perú de 1993.

¹⁹ Cabe señalar que este capítulo no tiene por objetivo entender lo que quiso decir el constituyente cuando usó la palabra «regular». Por el momento, solo se desea mostrar que existe un tratamiento diferenciado para las tasas.

jurídica parte por entender quién tiene la potestad tributaria para la creación, modificación y derogación de las tasas.

La doctrina²⁰ explica que existen dos interpretaciones sobre la norma en cuestión. Por consiguiente, esta investigación busca dilucidar si el Poder Ejecutivo tiene la potestad para crear (lo cual implica estructurar la obligación tributaria), modificar y derogar las tasas, o si solo puede regular la cuantía (tarifa) de este tributo.

El desarrollo de esta sección se enfocará en tres puntos:

3.1. La potestad tributaria en el Estado constitucional.

El análisis de la potestad tributaria se vuelve relevante en esta sección debido a que esta permite la creación de los tributos. El estudio de la potestad tributaria debe realizarse dentro del marco del deber de contribuir; que adquiere un nuevo significado dentro del Estado constitucional.

La transformación del Estado liberal y del Estado social democrático de derecho hacia un Estado constitucional conlleva al reconocimiento de la Constitución Política como una fuente normativa. Asimismo, este reconocimiento exige que las instituciones jurídicas deban reinterpretarse según un parámetro de validez constitucional. La soberanía parlamentaria se sustituye por la soberanía constitucional (Zagrebelsky, 1995, p. 12 y ss.).

Por lo tanto, se aprecia una transformación de la concepción del derecho. La ley ya no es el instrumento de mayor valor dentro de nuestro sistema jurídico.

El Estado constitucional postula una serie de valores materiales que orientan el desarrollo de nuestra sociedad. En este esquema, los deberes y derechos que impone la Constitución serían bienes jurídicos que la sociedad asume como valores supremos, conforme lo explica Luis Durán (2004, p. 12).

En esta nueva visión, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es un bien jurídico que se puede extender más allá de la capacidad contributiva, puesto que se busca satisfacer fines constitucionales legítimos como la lucha contra la evasión tributaria o el fraude a la ley.

Las dos dimensiones del deber de contribuir que señala la doctrina (Durán, 2004, p. 14) serían las siguientes:

- Facultad de imposición del Estado, atendiendo a los fines comunes constitucionalmente establecidos.
- Límite y garantía jurídica para los ciudadanos de que la creación, aplicación o discusión sobre tributos se haga en el marco del Estado constitucional.

A partir de este esquema constitucional, es posible interpretar el contenido de la potestad tributaria, la cual, siguiendo a Rosendo Huamaní (2012), es la facultad que tiene el Estado para crear y regular sus ingresos tributarios (p. 74).

Esta definición es completada por Sandra Sevillano (2014), quien sostiene que la potestad tributaria también implica otorgar beneficios o regímenes especiales para la aplicación de los tributos, así como para dejarlos sin efecto por razones de política fiscal o de conveniencia por las circunstancias que vive el país (p. 83).

20 Al respecto, véase: Huamaní, R. (2012, pp. 104-105) y Sevillano, S. (2014, pp. 89-92).

Asimismo, Kathia Cruz Marroquín (2013) sostiene que la potestad tributaria es definida como la aptitud que poseen las entidades estatales que las habilita a expedir normas jurídicas con relación al fenómeno tributario (pp. 1-26).

El deber de contribuir implica que el Estado puede imponer cargas tributarias para garantizar fines constitucionales legítimos. Esta nueva concepción parte por entender que la igualdad y la libertad reales solo podrían obtenerse a partir de un esquema constitucional que garantice la aplicación efectiva del ordenamiento tributario (Durán, 2004, p. 10).

En este sentido, se puede colegir que la potestad tributaria es la facultad otorgada por la Constitución a través de la cual el Estado crea, estructura, modifica y deroga los tributos con el objetivo de cumplir fines constitucionales, como la adquisición de ingresos para la satisfacción de necesidades públicas, la lucha contra la evasión y el fraude a la ley, o reducir las externalidades negativas.

Además, es necesario manifestar que el Estado se vincula de dos formas frente al fenómeno tributario: (i) a través de la potestad tributaria, en la cual tiene la facultad de imponer a los ciudadanos cargas tributarias, y (ii) mediante la participación como sujeto activo de la relación jurídica tributaria (Araoz, 2006, pp. 115-134).

Esta precisión permite señalar que el Estado no puede actuar con su poder de imposición en la segunda forma de vinculación (relación jurídica tributaria) y extraer discrecionalmente el patrimonio de los ciudadanos, sino que deberá limitarse a su condición de acreedor, con los derechos y obligaciones que establece el Código Tributario para obtener la prestación debida.

Resulta lógico sostener que cuando el Estado «crea» un tributo, este también deberá encargarse de la configuración de todos los aspectos de la hipótesis de incidencia y regular la obligación tributaria que vinculará al Estado con el contribuyente²¹.

No se puede obviar que el Constituyente, de acuerdo con Sotelo (2005), puso en igualdad de condiciones a estos tres poderes (crear, modificar o derogar), por lo que toda interpretación sobre la potestad tributaria debe partir de señalar que cuando una entidad ejerce la potestad tributaria, tendría los tres poderes que se mencionaron (p. 125).

Ahora bien, esta potestad tributaria presenta ciertos matices. De acuerdo con Leonardo López, la potestad tributaria puede ser originaria o derivada. La potestad originaria es aquella que tiene su fuente en la Constitución, y esta es la norma que habilita a ciertos poderes del Estado para que puedan ejercer la potestad tributaria de forma plena (López, 2010, p. 378).

Cuando se dice que la potestad tributaria originaria es plena, se entiende que el órgano que ejerce esta potestad podrá crear, modificar, derogar y conceder exoneraciones sin requerir la autorización de un órgano jerárquicamente superior. Sin embargo, con esto no se pretende sostener que la potestad tributaria no encuentra límite alguno. Conforme con lo señalado previamente, la potestad tributaria debe limitarse por los principios constitucionales tributarios, así como por las normas que regulan la producción normativa tributaria.

El Código Tributario limitará la producción normativa del Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo y Legislativo). La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444, limita la producción normativa del Poder Ejecutivo en lo referente a la «regulación» de las tasas por procedimientos administrativos. El Decreto Legislativo n.º 776, Decreto Legislativo que aprue-

21 Al respecto, véase: Rubio, M. (2006, p. 104) y Iannacone, F. (2001, p. 21). Este criterio también es compartido por el Tribunal Constitucional mediante EXP. n.º 0918-2002-AA/TC.

ba el texto de la denominada Ley de Tributación Municipal, la Ley Orgánica de Municipalidades y el Código Tributario limitarán la producción normativa de los Gobiernos Regionales y Locales.

En cambio, la potestad derivada sería la que también encuentra como fuente la norma constitucional, pero estaría limitada por los poderes del Estado que ejercen la potestad originaria.

En definitiva, se puede señalar que entre ambos poderes existiría una relación de jerarquía. No obstante, se debe precisar que la potestad derivada implica que la potestad de crear, modificar o suprimir un tributo estaría limitada por la autorización que le otorgaría el poder del Estado que ejerce la potestad originaria.

En nuestro ordenamiento constitucional, el artículo 74 le otorga potestad originaria al Poder Legislativo y los gobiernos regionales y locales. El Poder Legislativo puede crear, modificar y derogar impuestos y contribuciones mediante leyes. Los gobiernos locales pueden crear ordenanzas municipales sobre tasas y contribuciones de alcance local, y los gobiernos regionales lo harían sobre las tasas y contribuciones de alcance regional mediante ordenanzas regionales (Bravo, 2015, p. 110).

El Poder Ejecutivo ejerce la potestad derivada para la creación de tributos en el caso de impuestos y contribuciones. Efectivamente, previa delegación de facultades²², el Poder Ejecutivo puede crear, modificar o suprimir impuestos y contribuciones, pero este poder siempre se encontrará subordinado a la autorización del Poder Legislativo.

A pesar de ello, esta aparente claridad en la distribución de competencias se problematiza cuando se quiere entender cómo el Constituyente distribuyó la competencia para la creación del tributo tasa. Con el objetivo de responder a esta incertidumbre, se explicará la forma en que actúa el principio de legalidad y el de reserva de ley para solucionar este problema jurídico.

3.2. Principio de reserva de ley y principio de legalidad.

Es preciso señalar que no existe una distinción clara en la doctrina entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Armando Zolezzi (1986) sostenía que la reserva de ley y el principio de legalidad constituían un mismo principio, y en su acepción moderna definía a este principio como la utilización del instrumento legal pertinente, por su respectivo titular, en el ámbito de su competencia (pp. 24-25). Esta definición es compartida por Sandra Sevillano (2014), al referirse al principio de normatividad (p. 101).

Desde otra perspectiva, César Landa (2006) sostiene que, en materia tributaria, el principio de legalidad y el principio de reserva de ley constituyen dos principios distintos (p. 42). Esta posición también fue asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³.

Sin ánimo de relativizar esta discusión, se procederá a diferenciarlas:

3.2.1. Principio de legalidad.

El principio de legalidad es el más antiguo y el que mayor influencia tiene sobre los sistemas tributarios. A efectos de conocer sus orígenes, Luna Victoria (1992) señala que este principio surge en el siglo XII, cuando los barones ingleses lo establecieron en su Carta Magna para evitar que el monarca (Juan sin Tierra) creará tributos sin el consentimiento de estos (p. 53).

22 El artículo 74 de la Constitución permite que el Poder Ejecutivo, vía decreto legislativo, tenga poder derivado para crear, modificar o suprimir impuestos y contribuciones.

23 Expediente n.º 1837-2009-PA/TC.

Asimismo, a raíz de la Revolución Francesa, las democracias occidentales trasladaron el poder de la Administración, controlada por la Monarquía, al Parlamento, espacio donde existía representación de la clase burguesa.

A partir de esta experiencia, se está en condiciones de indicar que el principio de legalidad surgió como un mecanismo a través del cual se pretendía asegurar que los tributos sean establecidos por quienes van a asumirlos, esto es, por el pueblo, representado mediante los parlamentarios. En este escenario surge como una idea central, en el principio de legalidad, la «representación».

El principio de legalidad buscaba frenar la arbitrariedad de la Administración en su afán desmedido por obtener recursos tributarios. Por consiguiente, el principio de legalidad tuvo un papel trascendental en la búsqueda de la justicia y de la garantía del derecho de propiedad de los contribuyentes (Manini, 2000, p. 23).

En este marco, el principio de legalidad sostiene que los tributos debían ser establecidos por una ley, conforme lo señala Araoz Villena (1993); es decir, que la fuente que habilita el cobro de tributos debe provenir de una ley del Parlamento (p. 57).

Sin embargo, se debe mencionar que esta concepción tradicional del principio de legalidad no puede entenderse bajo la misma óptica en nuestro contexto actual.

En efecto, el principio de legalidad sirvió, en sus orígenes, para frenar el afán recaudatorio de las entidades no elegidas por la población, como sucedía con la Monarquía. No obstante, las democracias occidentales contemporáneas eligen al Poder Ejecutivo²⁴.

De acuerdo con Antonio Embid Irujo (1988), la «representación» que se alegaba como fundamento del principio de legalidad pierde el sentido cuando los cargos más importantes del Poder Ejecutivo y Legislativo son sometidos a una elección democrática (p. 414). Se debe indicar que también existe una interpretación formal del principio de legalidad, según lo señalado por los profesores Hernández Berenguel²⁵ y Armando Zolezzi²⁶. Este principio funcionaría como un límite formal al ejercicio del poder tributario. Además, acorde con la interpretación formalista, el poder tributario deberá ser ejercido por el órgano que tenga tal competencia por la Constitución, a través del instrumento legal pertinente.

En este contexto, resulta relevante mencionar que cierto sector de la doctrina considera que existe una declinación o agotamiento²⁷ del principio de legalidad, en la medida en que la realidad de los países latinoamericanos evidencia que la potestad tributaria se utiliza con mayor frecuencia e intensidad por el Poder Ejecutivo.

Las razones que se argumentan a este reciente fenómeno responden a la especialización y dificultad que tiene la materia tributaria, la crisis de representación de los Parlamentos²⁸ y la volatilidad de la economía que hace que sea necesario un legislador más flexible (García Mullin, 1993, pp. 23-25).

24 Cabe señalar que la «representación» que se buscaba conseguir en la Revolución Francesa y en la Inglaterra del siglo XII responde a una finalidad distinta. En efecto, los barones ingleses y la burguesía francesa querían limitar al monarca para defender sus intereses de clase. La visión constitucional actual lleva a pensar que esta representación «moderna» debería buscar un nuevo fundamento.

25 Hernández, L. (1993, p. 22).

26 Zolezzi, A. (1986, pp. 24-25).

27 Al respecto, véase: Medrano, H. (1995, pp. 197-201); García, R. (1993, pp. 15-40 y Luna, C. (1992, pp. 37-60).

28 Véase: Medrano, H. (1995, p. 199).

Sobre este punto, se considera que no existe una declinación de este principio, sino que se deberá buscar una redefinición a efectos de que su esencia, el límite al abuso de la arbitrariedad, pueda perdurar en el tiempo.

Desde la perspectiva de César Landa (2006), a la cual este trabajo se adhiere, el principio de legalidad en materia tributaria supone que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo debe estar sometida a la Constitución y no solo a las leyes (p. 41). Así, este clásico principio deviene a favor de una nueva interpretación constitucional, en la que los poderes públicos deberán actuar siguiendo las reglas establecidas en la Constitución antes de acatar lo dispuesto en la ley. Ahora, cabe manifestar que esta interpretación del principio de legalidad encuentra acogida en nuestra jurisprudencia constitucional²⁹, por lo que se recurrirá a esta fuente³⁰ para procurar buscar una solución al problema de nuestra investigación.

El fundamento constitucional de este principio, no solo presente en materia tributaria, se explicaría a partir del numeral 24 del inciso 2 de la Constitución Política del Perú, en el que se expresa que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda. Se considera que esta última interpretación del principio de legalidad es adecuada para nuestra investigación, pues, en efecto, resulta sensato sostener que la potestad tributaria, sea de cualquier poder del Estado, debe estar sometida a la Constitución y a las leyes generales que regulen la producción normativa tributaria.

Es pertinente precisar que el principio de legalidad no señala que el Congreso es el único poder con potestad tributaria, puesto que resulta indiscutible sostener que esta potestad la tienen los gobiernos regionales, los gobiernos locales y el Poder Ejecutivo en caso de delegación de facultades.

3.2.2. Reserva de ley.

Por su parte, César Landa (2006) explica también lo que debe entenderse por la reserva de ley. Este autor considera que la reserva de ley significa que el ámbito de creación, modificación, derogación o exoneración —entre otros— de tributos debe quedar reservada para ser actuada mediante una ley o norma con rango de ley (p. 41).

De acuerdo con Landa, el principio de reserva de ley constituye un límite para la Administración en la medida en que los aspectos esenciales de la relación jurídica tributaria no podrán ser establecidos por una norma de inferior jerarquía que la ley.

La exigencia de una norma con rango de ley radica en que la producción de estas normas se realiza mediante un procedimiento eminentemente garantista, público y transparente, tal como lo señala Andrés Báez (2009, p. 63). Ciertamente, las leyes³¹ y ordenanzas³², antes de ser aprobadas, deben pasar por un procedimiento riguroso que incluye la posibilidad de discusión del proyecto de la norma por las distintas agrupaciones políticas. El fundamento remoto para que la materia tributaria siga este procedimiento, según lo propuesto por este autor, radica en que existiría una intervención en la «libertad y la propiedad» (Báez, 2009, p. 63).

29 Expedientes n.º 1837-2009-PA/TC y 0042-2004-AI/TC.

30 De acuerdo con el inciso f) de la Norma III del Título Preliminar del Código Tributario, la jurisprudencia constituye una fuente del derecho tributario.

31 Al respecto, revise del artículo 104 al 108 de la Constitución Política del Perú, para observar el riguroso procedimiento que se exige para la aprobación de una ley.

32 En el caso de las ordenanzas municipales, se observa que el artículo 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27972, exige que estas normas no solo deben ser aprobadas por el Concejo Municipal, sino que deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales para su vigencia.

César Gamba Valega (2012) sostiene que el principio de reserva de ley recoge un mandato constitucional para que, de manera exclusiva y excluyente, una norma con rango de ley regule (suficientemente) los principales elementos del tributo (p. 102).

El principio de reserva de ley, indica este autor, debe ser analizado en dos planos:

- El plano horizontal señala los elementos que necesariamente deben estar incluidos en una norma con rango de ley.
- El plano vertical busca explicar el grado de concreción con el que deben encontrarse estos elementos en la norma con rango de ley.

Conforme con lo antes expuesto, el principio de reserva de ley sí permite la derivación a normas reglamentarias de los elementos del tributo, pero solo será válido cuando las normas con rango de ley establezcan los parámetros sobre los cuales se podrá realizar la remisión reglamentaria.

Esta posibilidad de derivar aspectos de la obligación tributaria al reglamento hace que nuestro sistema tenga una «reserva relativa».

Así, el Tribunal Constitucional ha determinado, en el expediente 2762-2002-AA-TC, la inconstitucionalidad de la tasa (*quantum*) del Impuesto Selectivo al Consumo para los cigarrillos, porque los parámetros del *quantum* de este tributo no fueron limitados por una norma con rango legal.

Ahora bien, la regulación del «principio de legalidad» y «reserva de ley» no se agotan en lo que señala nuestra Constitución. La Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario pretende explicar lo que deberían incluir ambos principios. Esa norma indica lo siguiente:

NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY

Solo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

- (a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10º;
- (b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios;
- (c) Normar los procedimientos jurisdiccionales, así como los administrativos en cuanto a derechos o garantías del deudor tributario;
- (d) Definir las infracciones y establecer sanciones;
- (e) Establecer privilegios, preferencias y garantías para la deuda tributaria; y,
- (f) Normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a las establecidas en este Código.

[...]

Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de las tasas. [...]

La doctrina reconoce que esta norma contiene la «preferencia de ley» (Ruiz de Castilla, 2016, p. 57; Bravo, 2015, pp. 119-125). Los principios de «reserva de ley» y de «legalidad» se encuentran indicados en el artículo 74 de la Constitución, pero la regulación de este artículo

del Código Tributario tiene un origen legal. En este sentido, al tener origen legal, podría ser modificado por el Poder Legislativo si lo estima conveniente.

Este artículo busca impedir al Poder Ejecutivo que regule las materias señaladas en la Norma IV mediante un límite (la ley) que la Constitución no reservó a la ley. El legislador se apropiaría de estas funciones. A pesar de ello, no todo este artículo tendría la naturaleza de «preferencia de ley». Tal como señala el profesor Ruiz de Castilla (2016), los incisos (a) y (b) de este artículo explican lo que debe entenderse por creación y estructuración del tributo, por lo que tendrían naturaleza constitucional al desarrollar los elementos por los que se cubriría la reserva de ley (p. 57).

Los incisos (c) y (f) sí serían normas que limitan el ámbito de actuación del Poder Ejecutivo (preferencia de ley), mientras que el inciso (d) proviene de la potestad sancionadora del Estado para establecer infracciones y determinar sanciones.

3.3. El Poder Ejecutivo y la potestad tributaria.

En vista de que ya se cuenta con una definición del principio de legalidad y reserva de ley, a continuación se hará una aproximación a la discusión que existe sobre la potestad de «regular» las tasas del Poder Ejecutivo.

En un interesante análisis, Eduardo Sotelo (2005) indica que existen tres interpretaciones posibles sobre el significado de «regular» previsto en el artículo 74 de la Constitución:

- (1) La regulación implica que el Poder Constituyente le dio al Poder Ejecutivo la potestad excluyente para crear, modificar y derogar a las tasas³³.
- (2) Cuando el Ejecutivo regula las tasas, puede crearlas, modificarlas o derogarlas, pero siempre que exista una «ley autoritativa previa» o «pase previo» del Congreso³⁴.
- (3) Si regular solo alude a fijar cuantía, el Ejecutivo solo tendría esa potestad (establecer cuantía), pero no podría crear o derogar las tasas³⁵. (p. 124)

¿Cuál es la posición del Tribunal Constitucional sobre este tema? A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional indicó, mediante el expediente n.º 09709-2006-PA/TC (fundamento 3), que en materia de derechos arancelarios la potestad originaria le correspondería al Poder Ejecutivo, a partir de una interpretación de los artículos 74 y 118, inciso 20, de la Constitución. Esta potestad derivaría de la complejidad y especialización de la materia aduanera.

La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional es extrapolable al campo de nuestra investigación en la medida en que la Constitución habría otorgado el mismo tratamiento a las tasas y aranceles en cuanto a la potestad de ser «reguladas» por el Poder Ejecutivo.

33 Esta posición es compartida por Sevillano, S. (2014, pp. 89-90); Hernández, L. (2005, p. 968); Medrano, H. (1995, p. 198); Bernal, E. (1999, p. 390); Danós, J. (1994, p. 132) y Kresalja, B. y Ochoa, C. (2012, p. 218).

34 Eduardo Sotelo, en su artículo "Potestad tributaria y tributos de la especie tasas", (2005, p. 124), sugiere a esta interpretación como la más razonable (y saludable) para nuestro sistema jurídico.

35 Esta posición es compartida por Zolezzi, A. (1994, p. 145); López, L. (2010, p. 391); Bravo, J. (2015, p. 119) y Ruiz de Castilla, F. (2016, p. 58).

No obstante, el Tribunal Constitucional cambió su apreciación sobre este tema en el expediente n.º 1837-2009-PA/TC, en un caso sobre la tasa denominada tarifa de agua subterránea³⁶.

En este caso, se explica que el principio de reserva de ley implica que en todo tributo (incluyendo a las tasas, cuyo hecho generador consiste en la prestación efectiva por el Poder Ejecutivo de un servicio público individualizado en el contribuyente) la creación y determinación de la obligación tributaria debe realizarle por ley o norma con rango de ley, por lo que en el caso materia del expediente no se observaron las reglas constitucionales pues el sujeto, el hecho imponible y la cuantía de las tasas se encontraban reguladas por decreto supremo.

De la lectura de esta sentencia se evidencia que nuestro Tribunal Constitucional considera que el Poder Ejecutivo no tendría potestad para crear o derogar tasas.

3.3.1. Contenido de la Potestad Tributaria del Poder Ejecutivo.

Se debe sostener, como se explicó a lo largo de este trabajo, que el Constituyente otorgó un tratamiento especial para la creación de las tasas y aranceles. Esta idea es relevante porque no se puede desconocer que estos tributos deben tener un proceso de creación o de cuantificación distinto del de los impuestos y contribuciones.

La salvedad prevista en el artículo 74 de la Constitución permite concluir que la creación, modificación y derogación de las tasas por los servicios prestados por el Poder Ejecutivo solo pueden crearse por este poder del Estado mediante decretos supremos. Además, no puede interpretarse que la potestad tributaria otorgada al Poder Ejecutivo solo implica modificar la cuantía de las tasas.

Así, resulta claro que el contribuyente, antes que la cantidad de tributos que existen en nuestro sistema jurídico, necesita conocer cuánto dinero³⁷ debe dar al Estado.

Esta preocupación fue señalada por el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 1311-2000-AA, cuando indica lo siguiente: «[...] la modificación de los montos que debe pagar el contribuyente es tanto o más importante que la imposición de un nuevo impuesto, pues al contribuyente le interesa sobre todo “cuánto” debe pagar».

Como se puede observar, el Tribunal entiende que la potestad de modificación resulta igual o más relevante que la potestad de creación o derogación de los tributos. Si se buscaba limitar al Poder Ejecutivo, no resultaría coherente —según la visión del Tribunal Constitucional— otorgarle la potestad de mayor impacto sobre la ciudadanía, que es la de modificar la cuantía del tributo.

Las tres atribuciones (creación, modificación y derogación) requieren ser utilizadas conjuntamente para que el Poder Ejecutivo pueda prestar sus servicios. Si el Poder Ejecutivo no puede crear una tasa, la Administración se vería imposibilitada de prestar un servicio específico porque no contaría con los recursos suficientes para realizar la actividad.

36 El Tribunal Constitucional califica en la misma sentencia a la Tarifa de Agua Subterránea como un tributo de la especie tasa. Debe recordarse que la Tarifa de Agua Subterránea, de acuerdo con el Decreto Supremo n.º 008-82-VI, era una contraprestación que se pagaba por el servicio que brindaba SEDAPAL para los que utilizaban el agua subterránea.

37 De acuerdo con el artículo 32 del Código Tributario, es posible que el pago del tributo sea en especie. Se considera que esta norma es una excepción, por lo que este trabajo se abocará a la idea de la prestación de dar sumas de dinero.

Por estas consideraciones, no resulta razonable que se excluya el poder de crear o derogar las tasas al Poder Ejecutivo, posición que se comparte con el profesor Eduardo Sotelo³⁸.

A partir de este punto, se explicará la relación entre la potestad originaria del Poder Ejecutivo y el principio de legalidad y reserva de ley. El principio de legalidad busca que el ejercicio de la potestad tributaria se encuentre sometido a la Constitución y a las leyes. El Constituyente le otorgó al Poder Ejecutivo la potestad originaria para la creación, modificación y derogación de las tasas, pero la imposición será legítima si se observan los principios constitucionales y las normas que regulan la producción normativa del Estado³⁹.

El principio de legalidad impone un parámetro normativo para evitar el abuso de la potestad tributaria del Estado. Según esta idea, el principio de legalidad no se vulnera si se concluye que la potestad originaria del Poder Ejecutivo para la creación de las tasas debe respetar el bloque normativo que ordena y orienta la producción de las normas tributarias.

Se debe remarcar que el Constituyente no limitó la potestad originaria en el Congreso de la República. Los gobiernos regionales y locales también pueden crear tasas y contribuciones. La atribución de esta potestad a los gobiernos regionales y locales radica en la cercanía y conocimiento que tienen las municipalidades sobre los servicios que prestan. En ese sentido, el Constituyente le otorga la potestad originaria al Poder Ejecutivo para que pueda crear las tasas con base en el conocimiento que tienen de los servicios que realizan a favor de la comunidad.

En referencia al principio de reserva de ley, este exige que la determinación de la obligación tributaria, su creación, el cálculo de la tasa (cuantía) y la derogación deben realizarse por una norma con rango de ley. En la vía general (para el caso de los impuestos y contribuciones), esta labor se hará a través del Congreso o mediante la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Si la vía general en la cuantificación del tributo requiere de la participación del Congreso (sea activamente a través de la dación de una ley o indirectamente a través de la dación de facultades), se discrepa de quienes sostienen⁴⁰ que el tributo tasa requeriría de una ley que cree este tributo y que establezca los límites mínimos o máximos sobre los cuales el Poder Ejecutivo podría establecer la cuantía de las tasas. Esta posición supondría desconocer el tratamiento especial que el constituyente peruano le otorgó al Poder Ejecutivo. En otras palabras, no resultaría coherente que se exija que los topes de la cuantía de una tasa sean establecidos por ley, como sucede con el impuesto (reserva de ley relativa). El Poder Ejecutivo tampoco requeriría de una norma habilitante del Legislativo para poder crear o derogar una tasa. Si el constituyente pretendió otorgarle el mismo tratamiento a los impuestos y las tasas, no tenía que establecer la salvedad, el tratamiento diferenciado, previsto en el artículo 74. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo cuenta con la potestad de modificar la cuantía de las tasas, crearlas o derogarlas sin una norma legal habilitante, pero eso no significa que una norma general emitida por el Poder Legislativo no pueda establecer parámetros generales que el Poder Ejecutivo deba tener en cuenta cuando cree y estructure sus tasas. Se entiende que este punto no viola la potestad originaria del Poder Ejecutivo⁴¹.

38 Sotelo, E. (2005, p. 125).

39 Estas normas integrarán el bloque de constitucionalidad. Este punto se explicará en la parte final de este trabajo.

40 Ruiz de Castilla, F. (2016, p. 58).

41 Este punto se explicará luego, al analizar la incidencia entre las leyes de carácter general y los decretos supremos que crean tasas.

Es pertinente señalar que la interpretación del principio de reserva de ley en el caso de las tasas no puede hacerse sin analizar las peculiaridades que presenta este tributo. En efecto, la tasa es un tributo cuyo aspecto material de la hipótesis de incidencia comprende una actividad estatal que recae sobre un sujeto en particular.

En ese sentido, cualquier interpretación del principio de reserva de ley para el caso de las tasas debe tener en cuenta estos elementos, para que el plano ideal de las normas responda a las necesidades de la sociedad.

De acuerdo con lo antes señalado, no sería necesario que la discusión sobre la creación o derogación de la tasa sea discutida por el Congreso, ya que el servicio que se prestará es conocido y administrado por el Poder Ejecutivo y los gobiernos locales.

Debido a que la Administración Pública es la entidad que conoce cuáles son los servicios que requieren costearse mediante tasas, se puede señalar que el Poder Ejecutivo debe contar con la posibilidad de crear las tasas que requiera para solventar los servicios que presta.

Asimismo, es necesario enfatizar, como señala el profesor Hernández (1993), que el Gobierno Nacional se encarga de prestar diversos servicios a la comunidad y debe cubrir los costos que estos implican, y requiere recuperar lo gastado lo antes posible y actualizar los costos de forma constante, lo que no sucedería si se exige la permanente intervención del Congreso en esta materia (p. 20). Esta posición es compartida por Luis Araoz (1993, p. 65).

En el caso del impuesto, se exige que el instrumento legal sea una ley porque se requiere de la deliberación del Congreso debido a que implica extraer el patrimonio de los ciudadanos por una manifestación de capacidad contributiva o la satisfacción de intereses constitucionales. En ese caso, no existe la prestación de un servicio por parte de la Administración.

Entonces, el poder para crear una tasa debe ejercerse por quien tenga una mejor posibilidad de estructurar de forma razonable el tributo de acuerdo con sus características.

De este modo, el Congreso debe regular los impuestos en la medida en que se busca obtener la capacidad contributiva de los representados, mientras que en las tasas se busca recuperar el costo de los servicios prestados, por lo que resulta lógico que el Poder Ejecutivo sea el órgano encargado de crear y estructurar estos tributos.

Por lo tanto, esta potestad a favor del Ejecutivo sería una excepción a la reserva de ley, pues la creación del tributo no se daría por una norma con rango de ley.

Esta excepción a la reserva de ley proviene de la nueva interpretación que se hace de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Constitución. La norma constitucional excluye al Poder Ejecutivo del sometimiento a la reserva de ley para la creación de las tasas. Este mandato deriva de la soberanía de la Constitución. La soberanía del legislador no podría influenciar sobre todos los aspectos de la vida en común de una sociedad que cuenta con un Estado constitucional.

A partir de lo expuesto, conviene analizar si esta potestad para crear, regular y modificar tasas es exclusiva del Poder Ejecutivo o si la potestad se encuentra compartida con el Poder Legislativo.

La doctrina administrativa sostiene que el Poder Ejecutivo puede dictar normas sobre materias en las cuales ejercería competencia exclusiva (Marienhoff, 1998, pp. 120-122). Esta potestad exclusiva del Poder Ejecutivo no deviene de la discrecionalidad o del antojo del Gobierno, sino de un mandato constitucional. Esta idea se conoce como la «reserva de la Administración».

Además, la función legislativa que se le otorga al Congreso no sería absoluta, pues debe respetar esta reserva a favor de la Administración. De hecho, se debe señalar que ningún poder

del Estado puede actuar en contra de lo establecido por la Constitución. Resulta evidente que el constituyente quiso limitar a todos los poderes del Estado, incluso al Poder Legislativo.

En el caso peruano, el artículo 74 de la Constitución establece una salvedad para la regulación de las tasas del Poder Ejecutivo. La «salvedad» de ese artículo le otorgó la potestad exclusiva para la creación de las tasas.

Este tratamiento exclusivo respondería a la necesidad de que el Poder Ejecutivo, al igual que los gobiernos regionales y municipales, obtenga de forma eficiente los recursos para prestar los servicios públicos que requiere la población. El principio de reserva de ley antes expuesto llevaría a sostener que las tasas del Poder Ejecutivo deberían crearse con la intervención del Poder Legislativo. De cualquier manera, no resultaría coherente con la naturaleza de la tasa exigir que sean creadas por el Poder Legislativo, porque este desconoce el funcionamiento de los servicios públicos.

Las tasas exigen ser creadas por la entidad que prestará el servicio por el cual se retribuye con ese ingreso, teniendo en cuenta que las tasas deben crearse bajo el principio de razonable equivalencia. Los costos que demandará la prestación del servicio son conocidos por la Administración Pública.

Por lo tanto, el Constituyente peruano otorgó una reserva exclusiva al Poder Ejecutivo para la creación, modificación y derogación de las tasas mediante decreto supremo.

Si se pretende asumir que el Poder Ejecutivo tiene potestad tributaria para la creación, modificación y derogación de las tasas, se debe analizar el rango que tiene el decreto supremo, cuando regula estos aspectos.

3.3.2. ¿Cuál es el rango que tiene el decreto supremo que crea las tasas?

Con la finalidad de analizar la diferencia entre una norma con rango de ley y una norma de naturaleza reglamentaria, se emplearán las definiciones propuestas por Marcial Rubio para estos términos.

De acuerdo con este autor, las normas con rango de ley «no dependen del órgano que las aprueba, sino de la función estatal con la que actúan. Esto quiere decir que para que se dicte una norma con rango de ley, el órgano que la apruebe debe estar en ejercicio de la función legislativa» (Rubio, 2009, p. 127).

Ahora bien, conforme con lo afirmado por Roberto Dromi (2005), la función legislativa es la actividad reglada o discrecional para la creación de normas jurídicas generales. Asimismo, este autor indica que existen supuestos en los que se comparte esta función con el Ejecutivo, como cuando, de forma excepcional, se atribuye un poder «originario» que requeriría de un procedimiento de deliberación similar con la exigencia de la firma de los ministros (pp. 181-182).

Se puede observar que la función legislativa, de forma excepcional, podría calificarse como un atributo del Poder Ejecutivo, para lo cual se requiere que exista un nivel mínimo de discusión, razón por la que se exige la presencia de los ministros cuando se emite un decreto legislativo.

Acerca de este punto, se debe precisar que, en consonancia con lo expuesto por Rubio (2009), no solo el Poder Legislativo puede crear normas jurídicas generales. En efecto, el Poder Ejecutivo, con base en su potestad reglamentaria, también puede crear normas generales (p. 118). Por lo tanto, conviene analizar el criterio que diferencia a las normas con rango de ley de las normas reglamentarias, pues ambas podrían crear normas generales.

Este criterio se encontraría en el aspecto procesal de la creación de una ley. La función legislativa se ejerce en virtud de un procedimiento constitucional para la dación de las leyes, según lo indica Roberto Dromi (2005, pp. 181-194).

Las normas con rango de ley cuentan con un procedimiento garantista que busca cautelar la libertad y propiedad de los ciudadanos. Por otro lado, el decreto supremo es el instrumento jurídico que se utiliza para aprobar las normas que la Constitución y el Poder Legislativo le asignan al Poder Ejecutivo (Rubio, 2009, p. 141). El procedimiento de creación del decreto supremo que regula una tasa no cuenta con un procedimiento de discusión semejante al de una ley u ordenanza.

Conforme con lo antes expuesto, los decretos supremos que regulan las tasas y aranceles no tienen rango de ley dentro del sistema de fuentes, posición en la que se concuerda con José Rojas Bernal (2009, p. 5).

Cuando el Poder Ejecutivo crea una tasa mediante un decreto supremo, está ejerciendo una función reglamentaria asignada por la Constitución. La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo para ejecutar o desarrollar las leyes⁴² no debe confundirse con esta función reglamentaria excepcional. El Poder Ejecutivo no desarrolla una norma de origen legal cuando crea una tasa.

Si bien el decreto supremo tiene naturaleza reglamentaria, este reglamento no sería un reglamento subordinado (Dromi, 2005, pp. 420-422), sino que calificaría como uno autónomo, porque se emite para cumplir con un mandato constitucional, de acuerdo con la clasificación de los reglamentos propuesta por Miguel Marienhoff (1998, p. 120). De esta manera, se sostiene que la Constitución le atribuye, de forma excepcional y exclusiva, la potestad al Poder Ejecutivo para la creación, modificación y derogación de las tasas mediante una norma reglamentaria.

Conviene señalar que no se podrán utilizar normas jerárquicamente inferiores al decreto supremo para «regular» las tasas. Asimismo, se concuerda con lo que sostiene José Rojas (2009), cuando señala que la regulación vía decreto supremo es el mínimo constitucionalmente aceptable, por lo que no cabe que estas materias se regulen mediante una resolución ministerial (p. 9).

3.3.3. ¿Se debe utilizar el criterio de jerarquía para resolver antinomias⁴³?

El sistema jurídico es un conjunto de normas articuladas en las que no debe existir contradicción, de manera que constituya un sistema unitario y coherente (Rubio, 2009, pp. 225-226). En el caso de que existan contradicciones, se utilizarán los mecanismos que proporciona la teoría general del derecho para solucionar estos conflictos normativos.

En este caso, corresponde determinar cómo se resolverían los conflictos entre un decreto supremo del Poder Ejecutivo y una ley del Congreso sobre un aspecto del tributo tasa.

A efectos de resolver estos conflictos, existen tres métodos que servirán para que el sistema jurídico tenga una respuesta unitaria: (a) el principio de jerarquía, (b) el principio de especialidad y (c) el principio de temporalidad.

El principio de jerarquía establece que debe primar la norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. El criterio de especialidad determina que se opte por la ley

42 El numeral 8 del artículo 118 de la Constitución le otorga la potestad al Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

43 La antinomia, de acuerdo con la RTF n.º 09239-A-2011, se presenta cuando existe contradicción entre distintas normas que pertenecen a un mismo sistema jurídico.

especial frente a la ley general. El criterio de temporalidad establece que entre dos normas incompatibles debe preferirse la posterior:

Conforme con la Corte Suprema, a través de las Casaciones nums. 232-2012-LIMA y 13542-2013-LIMA, el Poder Ejecutivo tiene potestad originaria en materia de derechos arancelarios para la determinación del tributo. Aun así, la regulación del decreto supremo debe ser compatible con la Ley General de Aduanas⁴⁴, pues si el decreto supremo establece un aspecto distinto del regulado en la Ley General de Aduanas, deberá preferirse la norma de mayor jerarquía.

Al respecto, este trabajo difiere de la posición expuesta por la Corte Suprema. Los decretos supremos que «regulan» las tasas y aranceles están protegidos por la reserva a favor de la Administración que ostenta el Ejecutivo para la creación de estos tributos. El criterio para resolver este conflicto debe partir por preferir la norma que se encuentra habilitada constitucionalmente para crear las tasas o aranceles. Por lo tanto, la modificación de los aspectos de la hipótesis de incidencia de este tributo, establecidos en un decreto supremo, mediante una norma del Congreso violaría la potestad exclusiva del Ejecutivo otorgada por la Constitución.

En este escenario, y por la complejidad de la materia arancelaria y la necesidad de que el Ejecutivo sea el poder que cree las tasas, se considera que en el caso de conflicto entre una ley y un decreto supremo debe aplicarse el criterio de especialidad⁴⁵. El Tribunal Fiscal, en abundante jurisprudencia⁴⁶, también adopta esta posición.

La potestad originaria que el Constituyente atribuye al Poder Ejecutivo también le impone limitaciones para su ejercicio. Ciertamente, la Constitución le exige que se respeten los principios constitucionales tributarios, pero debe analizarse si es razonable que normas con rango de ley, como el Código Tributario y la Ley n.º 27444, ley que establece el Procedimiento Administrativo General, se apliquen sobre los decretos supremos.

De acuerdo con una interpretación literal de la norma constitucional, se puede sostener que el artículo 74 de la Constitución no le impone límites a la potestad originaria del Poder Ejecutivo para la creación de las tasas, a diferencia de la exigencia de los gobiernos locales y regionales de establecer sus ordenanzas tributarias con arreglo a la ley.

No obstante, se considera que este razonamiento resulta equivocado y, como señala el profesor Sotelo (2005), es saludable para el sistema jurídico que se impongan lineamientos a la producción de las normas tributarias (p. 127).

El principio de legalidad, en su versión moderna, implica no solo el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley, sino que todos se encuentran en la obligación de acatar la Constitución.

En ese sentido, conforme lo señala Marcial Rubio en referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. n.º 0007-2002-AI-TC, esa obligación de acatar la Constitución no solo incluye a la norma constitucional, sino también al «bloque de constitucionalidad» que

44 Esta interpretación se acerca a la posición 3) que indicaba Eduardo Sotelo como posible significado de lo que implicaba «regular». Según esta interpretación, para que el Poder Ejecutivo utilice adecuadamente la potestad originaria en materia de tasas o aranceles, solo podía modificar la tarifa del tributo. Por lo tanto, si un aspecto de la hipótesis de incidencia se encontraba regulado por el decreto supremo, resultaba ilegal en la medida en que estos solo pueden crearse mediante una ley.

45 Este criterio es compartido por Rojas, J. (2009, p. 11).

46 Al respecto, véanse las Resoluciones del Tribunal Fiscal n.º 08830-A-2008, 11010-A-2013, 1129-A-2007 y 09239-A-2011.

incluye a las normas que regulan la producción jurídica o el contenido de las normas (Rubio, 2006, p. 27). Este bloque de constitucionalidad será el parámetro con el que deberá evaluarse la constitucionalidad de las normas⁴⁷.

El Código Tributario⁴⁸ contiene normas programáticas sobre la producción de normas tributarias. En efecto, esta norma establece una regulación sobre el procedimiento para aprobar las exoneraciones y determina los requisitos para la modificación y derogación de las normas tributarias, mientras que la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁹ establece reglas para la estructuración del costo de las tasas que se cobran por procedimientos de oficio.

Ambas normas buscan incidir sobre la producción jurídica de las tasas por el Poder Ejecutivo, motivo por el que se considera que, en lo referente a las reglas sobre producción normativa, conforman un bloque de constitucionalidad. Por ello, el Poder Ejecutivo debe respetar los parámetros que establezcan estas normas.

En ese sentido, se puede señalar que existe una atribución compartida para delimitar el ámbito de las tasas entre el Legislativo y el Ejecutivo, pero se debe indicar que la potestad del Ejecutivo será exclusiva en estos aspectos, tal como lo señala José Rojas (2009):

- Los supuestos del artículo 74: creación, modificación, derogación y exoneración
- Elementos del hecho generador de la tasa
- Obligaciones accesorias derivadas de la obligación tributaria (p. 11)

Ahora bien, para conocer cómo se crean y estructuran las tasas de alcance nacional en la realidad, se procederá a comentar la creación de las tasas que cobra la SUNARP por los servicios de inscripción y publicidad.

3.3.4. Las tasas de la SUNARP.

Conviene un acercamiento a la realidad y analizar cómo se regulan las tasas que cobra la SUNARP por procedimientos administrativos. El artículo 10 de la Ley n.º 26366 le otorga autonomía jurídica, económica, financiera y administrativa a la SUNARP. Asimismo, el artículo 4 de esta ley⁵⁰ establece que los Registros Públicos se financiarán con la aplicación de sus tasas registrales, entre otros ingresos.

Como se puede observar, ninguno de estos artículos establece los aspectos de la hipótesis de incidencia ni regula el hecho generador de la tasa-derecho que se cobra por los procedimientos administrativos. Estos artículos solo indican que la SUNARP deberá tomar en cuenta el monto recaudado de las tasas como parte de su patrimonio.

47 Marcial Rubio también señala el problema de interpretar estas normas dentro de un bloque de constitucionalidad porque el Tribunal Fiscal no podría, en teoría, inaplicar una norma que no respete las reglas de estas leyes productoras ya que estaría ejerciendo el control difuso, poder que se encuentra limitado solo para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Al respecto, este autor sugiere una nueva interpretación sobre lo que debe entenderse como bloque de constitucionalidad para solucionar este problema.

48 Revise las Normas IV,V,VI y VII del Título Preliminar del Código Tributario.

49 Revise artículos n.º 44 y 45 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

50 Artículo 4.- Los registros públicos que integran el sistema financiarán su presupuesto con los ingresos que se generen por la aplicación de sus tasas registrales, donaciones, legados, transferencias y otros recursos provenientes de instituciones públicas y privadas y de la cooperación técnica y financiera internacional, aceptada de acuerdo con ley, así como con sus ingresos financieros [...].

En vista de que la ley que regula a la SUNARP no crea las tasas que serán cobradas por los servicios de inscripción y de publicidad, se debe buscar la norma jurídica que regule esta materia.

Resulta pertinente traer a colación el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵¹, ya que parece que este artículo «habilita» el cobro de tasas por la prestación del servicio administrativo. Sin embargo, se considera que la inclusión de este numeral no resultaría necesaria en la medida en que nuestro Código Tributario define a las tasas-derecho⁵². Al parecer, este artículo solo buscó repetir la definición y los requisitos que una tasa debe tener en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de las tasas de la SUNARP, a primera vista parece que el decreto supremo n.º 017-2003-JUS, norma que aprueba las tasas registrales de los servicios de inscripción y de publicidad por oficina registral, solo regula la cuantía de las tasas que se cobran por estos servicios, pero un análisis pormenorizado lleva a concluir que esta norma crea el tributo tasa y regula la obligación tributaria.

En efecto, conforme con los artículos 1 y 2 de este Decreto Supremo, se aprueba el anexo de las tasas registrales, las cuales se detallan en los anexos 1 y 2 de este decreto. Estos anexos establecen las tasas que se cobrarán por cada tipo de procedimiento administrativo. El monto de la tasa se basa en función de un porcentaje de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT)⁵³ que se cobrará cada vez que el usuario decida inscribir los actos jurídicos permitidos en la SUNARP.

Si se observa este decreto supremo, se evidencia que esta norma establece la hipótesis de incidencia del tributo tasa:

- Existe la prestación de un servicio público individualizado: el procedimiento registral (aspecto material).
- El Estado, a través de la SUNARP, se encarga de prestar el servicio (aspecto personal).
- La fecha relevante para la tasa es el inicio de la prestación del servicio: inicio del procedimiento (aspecto temporal).
- El servicio de inscripción y publicidad registral se lleva a cabo en Perú (aspecto espacial).

Además, el decreto supremo establece reglas sobre la obligación tributaria: la determinación (el *quantum* de la obligación tributaria, que en la tasa se calcula según un porcentaje de la UIT) establece el vínculo entre el acreedor tributario (SUNARP) y el deudor tributario (el usuario que requiere el servicio), y regula el pago de la tasa (medio de extinción de la obligación tributaria).

Como se puede observar, el Decreto Supremo n.º 017-2003-JUS crea y estructura el tributo tasa que se cobra por el procedimiento de inscripción y publicidad que otorga la

51 Artículo 44: Procede establecer derechos de tramitación en los procedimientos administrativos, cuando su tramitación implique para la entidad la prestación de un servicio específico e individualizable a favor del administrado, o en función del costo derivado de las actividades dirigidas a analizar lo solicitado; salvo en los casos en que existan tributos destinados a financiar directamente las actividades de la entidad. Dicho costo incluye los gastos de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a cada procedimiento.

52 Revise la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.

53 El cálculo del costo de esta tasa podría resultar excesivo pues este sistema de cálculo no atendería a cubrir solo el costo del servicio. Al respecto, consultar: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Inf0872004.pdf>

SUNARP. Esta regulación demuestra que el Poder Ejecutivo (consciente o inconscientemente) crea las tasas por los servicios que brinda a los contribuyentes.

4. Aproximación al derecho comparado

En el Perú, el Poder Ejecutivo tiene la potestad tributaria para crear (estructurar), modificar, derogar y exonerar a las tasas, por lo que se procederá a comparar la potestad tributaria para crear las tasas entre España y algunos países de América Latina con el nuestro.

En esta sección se pretende ubicar las semejanzas, diferencias y problemáticas que existen en las constituciones de otros países para observar la tendencia que existe sobre la creación de las tasas.

El desarrollo de esta sección se enfocará en la experiencia de cinco países: España, Colombia, Brasil, México y Ecuador.

4.1. España.

La Constitución de España fue aprobada el 31 de octubre de 1978. Se debe señalar que esta es la constitución más antigua, a excepción de la mexicana, de todas las que se analizarán en este capítulo.

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 31 de la Constitución española indica lo siguiente:

Artículo 131

1. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

A partir de este precepto, esta Constitución deriva el principio de legalidad en materia tributaria. La prestación tributaria deberá encontrar su fundamento en la ley.

Asimismo, los numerales 1 y 2 del artículo 133 señalan lo siguiente sobre la potestad tributaria:

Artículo 133

2. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

3. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Como se puede observar, la Constitución española le otorgó potestad originaria tributaria a las Cortes Generales⁵⁴, poder que ejerce la facultad legislativa del Estado para crear, modificar y derogar todos los tributos (impuestos, tasas y contribuciones) de alcance nacional.

Esta atribución de potestad tributaria a las Cortes Generales encuentra su fundamento en la clásica idea del principio de legalidad, en la medida en que se le otorga la potestad tributaria al poder que representa al pueblo español, quienes decidirán qué tributos son los que deben pagar.

Se debe señalar que, a diferencia de nuestra Carta Magna, la Constitución española no prevé un tratamiento especial para las tasas. En este sentido, el Constituyente español no per-

54 De acuerdo con el artículo 66 de la Constitución española, las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado.

mitió que el Poder Ejecutivo se encargue de crear tasas por los servicios que presta. De otro lado, no se puede dejar de mencionar que la Constitución española también le otorga potestad originaria a las Comunidades Autónomas, dentro de su jurisdicción, para la creación de las tasas, pero deberán crearse según la Constitución y las leyes.

Esta atribución de potestad tributaría que les hace el Constituyente español a las comunidades autónomas es similar a la atribución que dio el Constituyente peruano a los gobiernos regionales y locales⁵⁵.

Se entiende que la potestad tributaria de las tasas de las comunidades autónomas, al igual que en los gobiernos regionales y locales en el caso del Perú, se explica porque son estas organizaciones territoriales quienes se encargan de prestar los servicios respectivos en sus jurisdicciones.

4.2. Colombia⁵⁶.

La Constitución Política de Colombia señala lo siguiente sobre la potestad tributaria:

Artículo 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales⁵⁷ o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

En este caso, también se puede observar que la potestad originaria para crear los tributos de alcance nacional se encuentra en el Congreso. Además, el Constituyente también otorgó potestad originaria a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales. Todos estos órganos constituyen espacios de representación y deliberación de los ciudadanos dentro de cada jurisdicción. En este sentido, se puede sostener que la Constitución colombiana también acoge la clásica idea del principio de legalidad en la medida en que exige que sea un órgano «representativo» y «deliberativo», como el Congreso o las asambleas, en el que se discuta la creación (y la estructuración) de todos los tributos.

La Constitución colombiana señala que la cuantía (tarifa) de las tasas sí puede ser modificada por las autoridades (Poder Ejecutivo), pero requiere de una norma con rango de ley que lo autorice. De esta manera, el constituyente le otorga al Poder Ejecutivo colombiano potestad derivada tributaria sobre las tasas (solo sobre la modificación de la cuantía) en la medida en que se requiere de una autorización legal para poder modificar la tarifa de las tasas.

55 Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

56 La Constitución colombiana fue aprobada el 6 de julio de 1991.

57 Las contribuciones fiscales se refieren a «tributos».

Asimismo, esta norma indica que el sistema para definir los costos de las tasas y el método de reparto entre los afectados por las tasas debe encontrarse en una norma de rango de ley.

Por ello, se puede observar que la Colombiana es heredera de la Constitución española en la medida en que ambas requieren que sea una norma con rango de ley la que establezca los elementos esenciales de las tasas. Cabe señalar que las normas que emanan del Poder Ejecutivo en lo referente a las tasas tienen naturaleza reglamentaria para ambos países.

Se puede señalar, en síntesis, que el Constituyente colombiano no le otorgó al Poder Ejecutivo la potestad originaria para crear, modificar⁵⁸ o derogar una tasa de alcance nacional.

Sin embargo, es relevante señalar que el Constituyente le otorga un tratamiento particular a cada tipo de tributo. Esta diferenciación partiría de reconocer que cada tributo (impuesto, tasa y contribución) presenta diferentes características que hacen necesario un tratamiento distinto para cada uno de ellos.

4.3. Brasil⁵⁹.

Los numerales I, II y III del artículo 145, así como el numeral I del artículo 150, artículos incluidos en el Capítulo I (del Sistema Tributario General) del Título VI de la Constitución brasileña señalan lo siguiente:

Art. 145. La Unión, los estados, el Distrito Federal y los Municipios podrán establecer los siguientes tributos:

I. Impuestos;

II. tasas, como consecuencias del ejercicio del poder de policía por la utilización, efectiva o potencial de servicios públicos específicos y divisibles, prestados o puestos a disposición del contribuyente;

III. contribuciones especiales, como consecuencia de obras públicas.

Art. 150. Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:

I. exigir o aumentar tributos sin ley que los establezca

En el caso de Brasil, el Constituyente le otorgó potestad originaria a la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios para crear, modificar o derogar impuestos, tasas y contribuciones. La potestad originaria que alcanza a los Estados, el Distrito Federal y los municipios se encontrará limitada a cada jurisdicción respectiva.

Ahora bien, de acuerdo con el inciso I del artículo 150 de esta Constitución, los órganos competentes para la creación de tributos deberán hacerlo mediante una ley o norma con rango de ley. Así, esta Constitución también entiende al principio de legalidad como un límite frente al Poder Ejecutivo, pues será la asamblea deliberativa (el Congreso Nacional⁶⁰) la que decida los tributos que deberán crearse y lo referente a la obligación tributaria.

De la lectura de la norma constitucional, no se observa que el Poder Ejecutivo tenga potestad originaria ni derivada para crear y modificar las tasas. El Constituyente no otorgó

58 La modificación de la cuantía de la tasa requiere de una ley autoritativa.

59 La Constitución de la República Federativa del Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988.

60 Véase el artículo 44 de la Constitución de Brasil.

un tratamiento preferencial a las tasas, por lo que la creación de este tributo debe seguir las mismas reglas que los impuestos y contribuciones. No obstante, resulta relevante señalar que, a diferencia de la Constitución peruana, la norma constitucional brasileña sí brinda una breve explicación sobre los tributos vinculados (tasas y contribuciones) en los numerales II y II del artículo 145.

Se considera en este estudio que el Constituyente brasileño tuvo que definir las tasas y contribuciones en la Constitución en la medida en que Brasil es un Estado Federal⁶¹ y la norma constituyente deberá regular (y limitar) la potestad tributaria compartida entre los distintos Estados que conforman la Unión, por lo que se necesitan reglas y conceptos básicos en la Constitución para otorgar predictibilidad dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos internos.

4.4. México⁶².

La Constitución mexicana no cuenta con un capítulo o sección específica sobre la potestad tributaria, pero se deben tener en cuenta las siguientes disposiciones de esta Constitución:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes⁶³.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX. Para establecer contribuciones⁶⁴:

4°. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación.

Se puede observar que la Constitución mexicana indica que los ciudadanos mexicanos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos cuando exista una ley que así lo indique. En ese sentido, las normas tributarias deberán ser aprobadas mediante una ley para que puedan ser exigibles a los mexicanos. De esta forma, se otorga potestad originaria a la Federación y los Estados para la creación, modificación y derogación de todos los tributos, siempre que el instrumento jurídico de creación de la norma tributaria sea una ley.

Se debe indicar que la Constitución mexicana no señala las tasas, razón por la que no podría hablarse de un trato particular sobre cada tipo de tributo. Ahora bien, en el caso específico de la Federación, se observa que el Congreso tiene la facultad de establecer⁶⁵ contribuciones sobre servicios públicos concesionados por la Federación.

De acuerdo con la definición de tasa que se ha desarrollado en el presente artículo, se considera que el cobro que se haga por la prestación de un servicio público prestado directamente por el Estado, y vinculante por una norma que así lo exija, constituye una tasa, por lo que

61 Véase el artículo 1 de la Constitución de Brasil.

62 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue publicada el 5 de febrero de 1917.

63 La reforma de esta fracción fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 1949.

64 La Constitución mexicana también califica a los tributos como «contribuciones». No se debe confundir con el tipo de tributo específico «contribución».

65 Cuando el constituyente se refiere a «establecer», se considera que se faculta la creación, estructuración, modificación y derogación de las tasas.

se entiende que el Congreso tendría la facultad de crear las tasas por los servicios que presta el Poder Ejecutivo de la Federación.

Asimismo, se considera que la facultad que se le otorgó al Congreso para la creación de tasas es exclusiva debido a que el principio de legalidad, en la forma en la que se expresa en este ordenamiento jurídico, exige que sea una ley aprobada por el Congreso la que se encargue de crear todos los tributos.

4.5. Ecuador.

La Constitución ecuatoriana fue publicada el 20 de octubre del 2008. Esta es la constitución más reciente de todas las que se han comentado en este trabajo y de la que es necesario observar el siguiente artículo:

Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer; modificar; exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer; modificar; exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

Se aprecia que la Constitución ecuatoriana le otorga potestad originaria a la Asamblea Nacional para los impuestos y a los demás órganos competentes (entre los cuales se encuentra el Poder Ejecutivo⁶⁶ y los gobiernos municipales⁶⁷) para las tasas y contribuciones.

Asimismo, el Constituyente exige que las normas creadoras de tributos respeten las leyes. El sometimiento a las leyes de las normas creadoras de tributos debe entenderse hacia aquellas leyes que regulan la producción normativa en materia tributaria; es decir, que establezca parámetros generales a efectos de lograr uniformidad en la producción de normas tributarias.

Resulta relevante mencionar el numeral 5 del artículo 147 de esta Constitución:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.

El artículo 147 indica que el presidente debe emitir las normas necesarias para que la administración pública pueda prestar los servicios encomendados. En ese sentido, el presidente debe organizar su funcionamiento, regular sus procedimientos y establecer las tasas que se cobran por los servicios públicos. Así, la Constitución ecuatoriana indica que los decretos serán el instrumento jurídico que se utilizará para crear las tasas que costearán los servicios brindados por la Administración. Como se sostuvo en el capítulo anterior, la creación de un tributo deberá realizarse por el órgano mejor calificado de acuerdo con las características de cada tributo.

En esta línea argumentativa, resulta relevante señalar lo expuesto por el profesor ecuatoriano César Montaña, citado en la tesis de Tatiana Peña Toledo (2009), sobre el principio de reserva de ley, incluido en la Constitución ecuatoriana, como: «[...] una exigencia derivada de

66 De acuerdo con el artículo 141 de la Constitución ecuatoriana, el presidente ejerce la función ejecutiva.

67 Véase el inciso 5 del artículo 264 de la Constitución de Ecuador.

la Constitución o de la Ley, sobre el medio como instrumento que incorporará las principales normas jurídicas tributarias, así como los elementos sustanciales de los tributos» (pp. 11-29). En este caso, el medio normativo sería el decreto.

Se puede concluir que en el derecho ecuatoriano el Poder Ejecutivo puede crear sus tasas a partir de la legitimación otorgada a los decretos por la Constitución ecuatoriana. Ciertamente, esto sugeriría que también existiría una reserva a favor de la Administración.

Por las consideraciones expuestas, se considera que la regulación de la potestad tributaria en Ecuador es la que mejor responde a la naturaleza de los tributos vinculados y no vinculados.

Ahora bien, es necesario señalar que el artículo 287⁶⁸ de la Constitución ecuatoriana exige que las tasas que se creen a favor de instituciones de derecho público deben ser establecidas por ley. Sobre este aspecto, se cree conveniente indicar que esta norma busca limitar el fenómeno de la parafiscalidad, es decir, la obligación de pago a favor de las entidades públicas que no forman parte del gobierno central y los gobiernos municipales, pero que atienden necesidades públicas (2011). A modo de ejemplo, se puede mencionar los aportes que realizan los empleadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social⁶⁹, entidad que se encarga de prestar el Seguro General Obligatorio en Ecuador.

En ese sentido, este artículo no limita la potestad originaria que tiene el Poder Ejecutivo para crear las tasas que sean de competencia del gobierno central.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar que (aún) la tendencia en el derecho comparado es que las tasas cobradas por servicios públicos de alcance nacional no pueden ser creadas ni estructuradas por el Poder Ejecutivo, sino que esta labor debe ser realizada por el Congreso.

Sin embargo, ninguna constitución exige que el Congreso, como máximo órgano de deliberación política, sea el único que pueda crear tasas. En efecto, los gobiernos municipales y Estados federales también pueden crear las tasas de alcance local. Esta atribución parte por entender que el órgano que presta el servicio debe ser la entidad encargada de crear a las tasas.

No se debe dejar de mencionar que la mayoría de las constituciones se erigieron en el siglo pasado y, por lo tanto, responden a instituciones con un contexto económico y político distinto del actual, por lo que el principio de legalidad plasmado en estas constituciones representa la clásica idea de representación parlamentaria.

Con el objetivo de ubicar esta afirmación, resulta necesario mencionar la experiencia dictatorial que padeció América Latina y España desde fines de los años cincuenta del siglo pasado. En ese contexto, es lógico exigir que todos los tributos deban ser creados por una ley del Parlamento, pues debía evitarse el abuso de una autoridad impuesta por la fuerza, que no fue no elegida por el pueblo.

Los países latinoamericanos viven actualmente una «primavera democrática» con ciertos matices. Los presidentes son elegidos en las urnas y el Poder Ejecutivo suele tener mayor aceptación que el Poder Legislativo. Como se señaló en el capítulo anterior, parece que el principio de legalidad exige una redefinición a partir del Estado Constitucional.

68 Art. 287.- Toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente. Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley.

69 Instituto regulado en el artículo 370 de la Constitución ecuatoriana y el artículo 16 de la Ley n.º 2001-55.

No se puede dejar de mencionar que la Constitución ecuatoriana representa un cambio en el paradigma del principio de legalidad en materia de las tasas y las contribuciones. Esta regulación sí responde a las características particulares de los tributos vinculados y permiten que las tasas adquieran mayor dinamismo en una economía dinámica como la actual. Por ello, se considera que la tendencia de las nuevas reformas constitucionales en materia tributaria debería apuntar en la misma dirección que la Constitución ecuatoriana.

5. Conclusiones

Luego de esta investigación, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- El Poder Ejecutivo tiene potestad originaria y exclusiva para crear, estructurar, modificar y derogar las tasas. No obstante, el Ejecutivo debe respetar la Constitución y las normas que regulan la producción normativa tributaria (Ley del Procedimiento Administrativo y Título Preliminar del Código Tributario) cuando ejerce su potestad tributaria.
- El decreto supremo que crea una tasa tiene naturaleza reglamentaria. La «reserva de la Administración» impide que la creación de la tasa por un servicio prestado por el Poder Ejecutivo puede realizarse mediante una norma con rango de ley.
- Los principios constitucionales tributarios deben interpretarse de acuerdo con las características de cada tributo. En el caso de las tasas, debe tenerse en cuenta que es un tributo vinculado cuyo aspecto material se relaciona con la prestación de un servicio público estatal. A manera de ejemplo, no resulta razonable exigir en la misma medida el principio de capacidad contributiva en todos los tributos.
- Urge un análisis pormenorizado del principio de legalidad en la actualidad a partir del Estado constitucional. Como se pudo observar, la idea clásica de «representación» pierde vigencia en la medida en que el presidente de la República se elige en elecciones, el presidente «delibera» con sus ministros y existe una inoportuna respuesta de los parlamentos ante las crecientes exigencias de los ciudadanos.
- El órgano que se encuentra en mejor posibilidad de estructurar de forma suficiente cada tributo de acuerdo con sus características es el que debe tener la potestad de crear ese tributo. En el caso de los impuestos, resulta razonable que el órgano encargado de crearlo sea el Congreso, ya que el impuesto encuentra su fundamento en la capacidad contributiva de los representados; mientras que en las tasas se espera costear la prestación de un servicio público prestado por la Administración, por lo que resultaría razonable que la creación de la tasa la haga el Poder Ejecutivo.
- La tendencia en la legislación extranjera es que no se le reconoce potestad originaria al Poder Ejecutivo para la creación de tasas. Esto responde a la clásica idea del principio de legalidad impuesta en defensa del abuso de regímenes dictatoriales.

- Resulta sintomático el caso de Ecuador: En este país, el Poder Ejecutivo puede crear tasas y el principio de legalidad contiene una definición acorde con la actualidad. Esta norma debería servir como referente a las reformas constitucionales que se hagan sobre esta materia en Latinoamérica.

REFERENCIAS

- Araoz, L. (1993). El principio de legalidad en la nueva Constitución Política del Estado. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (25), 55-71.
- Araoz, L. (2006). El ejercicio de la potestad tributaria y del derecho de cobrar tributos y su compatibilidad con el principio de legalidad. En J. Danós Ordoñez (Ed.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público: Libro homenaje a Armando Zolezzi Moller* (pp. 115-134). Lima: Palestra Editores.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Fecha de aprobación: 06 de julio.
- Asamblea Nacional Constituyente de Brasil. (1988). *Constitución Política de la República Federativa del Brasil*. Fecha de promulgación: 5 de octubre
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Fecha de publicación: 20 de octubre.
- Ataliba, G. (1987). *Hipótesis de incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario.
- Báez, A. (2009). Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Crónica Tributaria*, (133), 59-92.
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Constitución y Sociedad-ICS - Rao editora.
- Bravo, J. (2015). *Fundamentos de Derecho Tributario*. Lima: Jurista Editores.
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. (2015). *Modelo de Código Tributario del CIAT*. Panamá: Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.
- Congreso Constituyente de México. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Fecha de publicación: 5 de febrero.
- Congreso Constituyente Democrático del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993. Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso Constituyente Democrático de la República del Perú, 30 de diciembre.
- Congreso Constituyente Democrático del Perú. (1994). Ley 26366, Crean el Sistema Nacional y la Superintendencia de Registros Públicos. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso Constituyente Democrático de la República del Perú, 16 de octubre.

- Congreso del Ecuador. (2001). Ley 55-2001, Ley de Seguridad Social. *Registro Oficial de Ecuador*. Quito: Congreso de la República del Ecuador, 30 de noviembre.
- Congreso del Perú. (2001). Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 11 de abril.
- Congreso del Perú. (2003). Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 27 de mayo.
- Congreso del Perú. (2007). Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 20 de diciembre.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2013). Sentencia del 16 de julio del 2013. Casación n.º 232-2012-Lima.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2014). Sentencia del 23 de octubre del 2014. Casación n.º 13542-2013-Lima.
- Cortes Generales de España. (1978). *Constitución española*. *Boletín Oficial del Estado Español*. Madrid: Cortes Generales, 29 de diciembre.
- Cruz, K. (2013). *Drawback: A la luz del principio de legalidad* (Tesis de maestría). Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5236/CRUZ_MARROQUIN_KATHIA_DRAWBACK_LEGALIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Danós, J. (1994). El régimen tributario en la nueva Constitución: Estudio preliminar. *Themis*, 29, 131-138.
- Dromi, R. (2005). *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Durán, L. (2004). *La noción del Deber Constitucional de Contribuir. Un Estudio Introductorio*. Recuperado de https://www.aele.com/system/files/archivos/infoespe/Deber_de_Contribuir_Luis_Duran.pdf.
- Embid, A. (1988). La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana. *Revista de Administración Pública*, (115), 403-423.
- Gamba, C. y Checa, C. (2012). *Principio de Reserva de la Ley tributaria*. Lima: Grijley Editores.
- García Belaunde, D (1998). *El Derecho Presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo Ediciones.
- García, R. (1993). Hacia una redefinición del principio de legalidad. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (25), 15-40.
- Gómez, J. (2015). El FMI, la reducción del Estado y el consenso de Washington ¿son una misma cosa? *Papel Político*, 20(1), jr-jv.
- González, E. (1991). La tasa como especie del género tributo. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (21), 77-87.
- Grellaud, G. (1991). Retribución por servicios públicos con monopolio estatal: Tasas o Precios Públicos. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (21), 67-76.

- Hernández, L. (1993). El Poder Tributario y la Nueva Constitución. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (24), 17-29.
- Hernández, Luis (2005). Artículo 74 de la Constitución: Principio de legalidad y principio de no confiscatoriedad. En W. Gutiérrez (ed.), *La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo* (pp. 965-969). Tomo I. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Huamaní, R. (2012). *Código Tributario comentado*. Lima: Jurista Editores.
- Iannacone, F. (2001). *Comentarios al Código Tributario*. Lima: Grijley Editores.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Defensa de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. (2004). Informe n.º 087-2004/INDECOPI-CAM. Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Inf0872004.pdf>
- Jarach, D. (1999). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Landa, C. (2006). Los principios tributarios en la Constitución de 1993: Una perspectiva constitucional. En J. Danós (Ed.), *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público: Libro homenaje a Armando Zolezzi Moller* (pp. 37-50). Lima: Palestra Editores.
- López, L. (2010). Poder tributario para la creación de aranceles aduaneros en el Perú: Necesidad de eliminar una incertidumbre jurídica. En J. Lara (Dir.), *Libro Homenaje a Luis Hernández Berenguel* (pp. 373-397). Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario.
- Luna, C. (1992). La agonía del principio de legalidad. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (23), 37-60.
- Marienhoff, M. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Manini, J. (2000). Derechos Humanos y Tributación. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (39), 21-27.
- Medrano, H. (1995). Declinación del principio de legalidad en Derecho Tributario: Una constatación objetiva. *Ius Et Veritas*, (10), 197-201.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2016). *Análisis del Rendimiento de los Tributos 2015*. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivosdescarga/rendimiento_tributos2015.pdf
- Peña, T. (2009). *Evolución de los principios de legalidad y reserva de ley tributarios en el constitucionalismo ecuatoriano* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Poder Ejecutivo. (1982). Decreto Legislativo n.º 008-82-VI. Lima.
- Poder Ejecutivo. (2003). Decreto Supremo n.º 017-2003-JUS, Aprueban tasas registrales de los servicios de inscripción y de publicidad por oficina registral. Diario Oficial El Peruano. Lima: Poder Ejecutivo, 18 de septiembre.

- Poder Ejecutivo. (2004). Decreto Supremo n.º 156-2004-EF, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Poder Ejecutivo, 15 de noviembre.
- Poder Ejecutivo. (2013). Decreto Supremo n.º 133-2013-EF, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Código Tributario. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Poder Ejecutivo, 22 de junio.
- Poder Ejecutivo. (2016). Decreto Legislativo n.º 1280, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Poder Ejecutivo, 29 de diciembre.
- Robles, C. (2002). ¿Es el derecho de parqueo una tasa? *Actualidad empresarial*, (37), 11-13.
- Robles, C., Ruiz de Castilla, F., Bravo, J. y Villanueva, W. (2016). *Código tributario: Doctrina y Comentarios*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rojas, J. (2009). *El criterio de especialidad en materia arancelaria: una interpretación desde la teoría general del derecho*. Recuperado de <http://studylib.es/doc/281519/el-criterio-de-especialidad-en-materia-arancelaria>
- Rubio, M. (2006). El concepto de tributo y de reserva legal tributaria para el Tribunal Constitucional. En J. Danós (editor). *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público: Libro homenaje a Armando Zolezzi Moller* (pp. 97-113). Lima: Palestra Editores.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio, M. y Arce, E. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ruiz de Castilla, F. (2004). Determinación de los arbitrios. *Análisis tributario*, (203), 21.
- Ruiz de Castilla, F. (2011). *Los roles del Estado en la actividad tributaria*. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/franciscoruiz/2011/08/19/los-roles-del-estado-en-la-actividad-tributaria/>
- Ruiz de Castilla, F. (2013). Constitucionalización de la definición de tributo. *Derecho PUCP*, (21), 257-279.
- Ruiz de Castilla, F. (2016). *Código tributario: Doctrina y Comentarios*. Lima: Instituto Pacífico.
- Sainz, F. (1991). *Lecciones de Derecho Financiero*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Sevillano, S. (2014). *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sotelo, E. y Vargas, L. (1998). En torno a la definición de tributo: un vistazo a sus elementos esenciales. *Ius Et Veritas*, (17), 284-305.
- Sotelo, E. (2005). Potestad tributaria y tributos de la especie tasas. *Themis*, (50), 119-136.

- Sotelo, E. (2011). Definición y clasificación de tributos. En Ministerio de Justicia del Perú, *Texto Único Ordenado del Código Tributario. Legislación, doctrina y jurisprudencia* (pp. 263-279). Lima: Editora Perú.
- Superintendencia Nacional de Registros Públicos. (2016). Resolución de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos n.º 356-2016-SUNARP/SN.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia recaída en el expediente n.º 2762-2002-AA/TC. British American Tobacco South America Ltd., Sucursal Perú, contra la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima. 30 de enero. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02762-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el expediente n.º 0918-2002-AA/TC. Estudio Navarro Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada contra la sentencia de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima. 25 de marzo. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00918-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente n.º 0042-2004-AI/TC. Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo. 13 de abril. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente n.º 00053-2004-PI/TC. Defensoría del Pueblo contra Municipalidad Distrital de Miraflores. 16 de mayo. Recuperada de <https://www.sat.gob.pe/websitev9/Portals/0/Docs/Tramites/Ordenanzas/Normativa/Arbitrios/0053-2004-PI-TC.pdf?ver=2015-10-07-123157-750>
- Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el expediente n.º 09709-2006-PA/TC. British American Tobacco del Perú S.A.C. contra la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima. 09 de enero. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09709-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia recaída en el expediente n.º 1837-2009-PA/TC. Gloria S.A. y Trupal S.A. contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. 16 de junio. Recuperada de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01837-2009-AA.html>
- Tribunal Fiscal. (2007). Resolución del Tribunal Fiscal n.º 12154-7-2007.
- Tribunal Fiscal. (2007). Resolución del Tribunal Fiscal n.º 1129-A-2007.
- Tribunal Fiscal. (2008). Resolución del Tribunal Fiscal n.º 09715-4-2008.
- Tribunal Fiscal. (2008). Resolución del Tribunal Fiscal n.º 08830-A-2008.
- Tribunal Fiscal. (2011). Resolución del Tribunal Fiscal n.º 09239-A-2011.
- Tribunal Fiscal. (2013). Resolución del Tribunal Fiscal n.º 11010-A-2013.
- Valdés, R. (1970). *Curso de Derecho Tributario*. Montevideo: Depalma.

- Vidal, A., Vidal, E. y Mur, M. (1991). Tasas y Precios Públicos. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (21), 47-65.
- Villegas, H. (2003). *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho Dúctil. Ley. Justicia. Derechos*. Madrid: Trotta.
- Zolezzi, A. (1986). El inciso 20 del artículo 210 de la Constitución y la Tributación. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (10), 15-25.
- Zolezzi, A. (1994). El régimen tributario en la nueva Constitución. *Lecturas Constitucionales*, (10), 141-152.

COMENTARIOS

Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

A partir del siglo XVII, en Occidente se aprecia la construcción de un Estado moderno. Ante ello, se procedió a la reelaboración de las finanzas públicas, pero siempre acompañada de un peligro: la posibilidad de que el Estado abuse en la creación y estructuración de sus ingresos, lo cual afecta el bienestar de los ciudadanos.

A la par, también se inició un proceso de juridificación de las finanzas públicas, en el que se procuró la máxima disminución de los peligros ya expuestos mediante el desarrollo de ciertas reglas oficiales que empezaron a disciplinar la actividad del Estado en cuanto a la creación y estructuración de sus ingresos.

En este contexto, el tema particular de las tasas tributarias viene a ser la punta del iceberg que permite apreciar este problema de fondo: las constantes tensiones entre: (a) economía y derecho y (b) Estado y sociedad.

Quizás el mayor aporte del estudio que comento va a tono con estas cuestiones de fondo. La discusión sobre la titularidad para la creación y estructuración de las tasas se centra —en última instancia— en las diferentes concepciones en torno a los alcances del principio de legalidad.

Como bien señala Hugo Arbieta, el pensamiento inicial apuntaba a señalar que el Poder Legislativo debía ser el titular de la potestad tributaria en materia de impuestos, contribuciones y tasas, y encontró su fundamento en la figura de la representación (el Parlamento actúa en representación de la sociedad).

Por otra parte, Arbieta precisa que posteriormente se comienza a poner especial atención al hecho de que en la composición del Poder Ejecutivo también se aprecia la figura de la representación (la Presidencia de la República actúa en representación de la sociedad), de tal modo que va ganando cierta fuerza el planteamiento que apunta a sostener que —por lo menos en vía de excepción— el Poder Ejecutivo bien puede ser el titular para la creación y estructuración de ciertos tributos, como por ejemplo las tasas.

Hugo Arbieta desarrolla la discusión de todos estos temas en tres secciones dedicadas a los siguientes puntos: (a) el estudio técnico sobre la tasa, (b) el análisis de los principios de legalidad y reserva de ley con relación a la tasa, y (c) el estudio comparado de las Constituciones de ciertos países de América y Europa respecto de la titularidad para la creación y estructuración de la tasa.

En la sección segunda es importante el esfuerzo del autor por destacar que el fundamento del impuesto es la capacidad contributiva (riqueza económica de los privados); mientras que el fundamento de la tasa es la prestación de servicios públicos estatales, de tal modo que

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/francisco-ruiz-de-castilla-ponce-de-leon>

estas clases de tributos merecen diferentes esquemas de tratamiento jurídico entre sí. En ese sentido, se sostiene que, en materia de impuestos, es razonable pensar que el titular de la potestad tributaria debe ser el Poder Legislativo. En cambio, con relación a la tasa, el autor del estudio considera que existe justificación suficiente como para pensar que el Poder Ejecutivo debe ser el titular de la potestad tributaria.

En la sección tercera merece destacarse el esfuerzo de Hugo Arbieto por profundizar el estudio de los principios de legalidad y de reserva de ley, con referencia especial a las tasas. En esta parte del estudio, el autor toma partido a favor de la posición que sostiene que el Poder Ejecutivo debe ser el titular de la potestad tributaria en materia de tasas. También se debe destacar el análisis relativo a un caso práctico: la regulación de las tasas que recauda la SUNARP, en la que el autor verifica que esta entidad resulta ser titular de la potestad tributaria de esta clase de tributo.

En la sección cuarta, el autor analiza básicamente las constituciones de España, Colombia, Brasil, México y Ecuador; en las que encuentra que la posición dominante apunta a favor del Poder Legislativo como titular de la potestad tributaria en materia de tasas. También se advierte que la excepción se encuentra en Ecuador; en donde el Poder Ejecutivo es titular de la potestad tributaria con relación a las tasas.

Por otra parte, desde el punto de vista metodológico, se advierte un adecuado uso de las fuentes bibliográficas, especialmente a nivel de doctrina, legislación y jurisprudencia.

Asimismo, se aprecia un análisis detallado de los temas que se abordados, en el que se presta especial atención a las discusiones que quedan planteadas a propósito de los puntos críticos que van apareciendo al abordar cada aspecto del objeto central de estudio.

RESPUESTA DEL AUTOR

Inicio mi respuesta resaltando la labor del CICAJ en el apoyo a la investigación de los alumnos, egresados y profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP. El derecho no es un sistema perfecto e inalterable de reglas. La investigación jurídica nos permite detectar los problemas en la interpretación y aplicación de las normas; asimismo, brinda respuestas a las cuestiones no resueltas. Estas razones hacen necesaria la labor investigadora en el derecho.

Por otra parte, agradezco al profesor Ruiz de Castilla por su valioso apoyo en la elaboración de este trabajo de investigación. Sus críticas y comentarios permitieron enriquecer los temas discutidos.

Quisiera desarrollar en esta sección los alcances de la interpretación histórica del artículo 74 de la Constitución Política vigente del Perú en relación con la potestad tributaria de las tasas.

Interpretación histórica del artículo 74 de la Constitución

Marcial Rubio y Elmer Arce¹ señalan que la interpretación histórica implica revisar el contenido de los antecedentes jurídicos directamente vinculados con la norma de que se trate. Este método de interpretación toma como fundamento la intención que el legislador quiso darle a la norma respectiva. Por lo tanto, el intérprete debe revisar las obras escritas por los legisladores, sus intervenciones en las comisiones y los documentos de iniciativa legislativa; además, también serían importantes los antecedentes legislativos.

En referencia al artículo 74 de nuestra Carta Política, resulta necesario revisar las ponencias de los congresistas que debatieron y aprobaron la Constitución de 1993². El lunes 26 de abril de 1993 se discutió en la 49.ª Sesión de la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático el capítulo «Del Régimen Tributario y Presupuestal» de nuestra Carta Magna.

Se puede observar que la actual redacción de este artículo es distinta de la originalmente propuesta por las comisiones de Economía y de Presupuesto. La redacción original del proyecto señalaba lo siguiente:

Artículo 2- Los tributos se crean, modifican o derogan exclusivamente por ley del Congreso, con las únicas excepciones de los derechos arancelarios y la actualización de los tributos denominados tasas que pueden aprobarse por decreto supremo.
[...]

1 Rubio, M., y Arce, E. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP (pp. 118-119).

2 Congreso Constituyente Democrático del Perú. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Congreso Constituyente Democrático de la República del Perú, 30 de diciembre.

El congresista Chirinos Soto³ señaló en esta sesión que el término «actualización» corresponde a un lenguaje eufemístico⁴. Los gobiernos utilizan ese término para no indicar que subirán las tasas. Por lo tanto, sugirió que se modifique la oración y se indique «salvo aranceles y tasas que se aprueban por decreto supremo».

La posición de este congresista parte por entender que solo el Poder Legislativo tendría la potestad de crear el tributo tasa, pero el Poder Ejecutivo podría modificar la tarifa de este tributo. La congresista Lourdes Flores Nano⁵ concordó con esa posición.

Finalmente, la versión final de este artículo fue la siguiente:

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Se puede concluir que la intención del constituyente fue permitir que el Poder Ejecutivo pueda subir la tarifa de las tasas. Sin embargo, no habrían otorgado potestad originaria al Ejecutivo para la creación de este tributo.

Si se revisa el artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1979⁶, se aprecia que la Asamblea Constituyente le otorgó potestad originaria exclusiva al Poder Legislativo para la creación de impuestos, tasas y contribuciones.

Estos antecedentes llevarían a sostener, desde una interpretación histórica, que el artículo 74 de la Constitución del Perú no permite la creación del tributo tasa para el Poder Ejecutivo. Al respecto, no se debe dejar de reconocer la importancia de conocer la «intención» del legislador al redactar la norma; sin embargo, la voluntad histórica del legislador contemporáneamente ha sido desplazada por la mayor independencia de la norma, conforme lo señalan Luis Durán y Marco Mejía⁷.

De acuerdo con estos autores, la norma jurídica tendría una vida propia a partir de su creación, distinta de la propuesta por sus autores. Los otros métodos de interpretación pueden darle un mejor sentido (hasta podría ser correctivo) de lo propuesto por el legislador.

Se considera acertada la posición señalada por estos autores. Si bien una interpretación histórica podría llevar a suponer que el Poder Ejecutivo no podría crear tasas, los métodos literal y lógico⁸ permiten otorgarle un significado acorde con las necesidades de nuestro país. Estos métodos le otorgan un mejor sentido al artículo 74 de la Constitución.

3 Diario de los Debates - Debate Constitucional - 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento - Congreso Constituyente Democrático (1993). Lima, p. 2039.

4 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el eufemismo se define como una manifestación suave o decorosa de ideas cuya recta o franca expresión sería dura o malsonante.

5 Diario de los Debates - Debate Constitucional - 1993, Comisión de Constitución y de Reglamento - Congreso Constituyente Democrático (1993). Lima, p. 2041.

6 Asamblea Constituyente del Perú. (1979). Constitución para la República del Perú. Lima.

7 Durán, L., y Mejía, M. (2017). Alcances y límites de la interpretación tributaria: A cuenta de las llamadas Exposiciones de Motivos. *Revista Análisis Tributario*, (348), 4.

8 La aplicación de estos métodos de interpretación para este artículo de la Constitución Política se puede revisar en el desarrollo del trabajo de investigación.

SECCIÓN IV
DERECHO LABORAL

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR LA COMISIÓN DE PRÁCTICAS ANTISINDICALES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Diego Campos Skamperle
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría alumnos

En el presente artículo se realiza un análisis de la aplicación de las instituciones de la responsabilidad civil en los supuestos de configuración de prácticas antisindicales del empleador. Para ello, se examina la aplicación de supletoria de las normas civiles en el derecho del trabajo, teniendo esta última una lógica propia en las relaciones jurídicas que desarrolla. De esta forma, se analiza tanto la técnica legislativa como el desarrollo jurisprudencial en materia de relaciones colectivas de trabajo y, a partir de ello, se propone la consolidación de un sistema de tutela resarcitoria en el caso de la verificación de conductas antisindicales.

I. Introducción

Uno de los derechos fundamentales que se consagra en la legislación peruana —tanto a nivel constitucional como legal— es el de la libertad sindical. Ciertamente, la libertad sindical ha sido materia de estudio por los laboristas en innumerables ocasiones. Ellos se han enfocado en el desarrollo explicativo de su concepto, su contenido esencial y no esencial, el análisis de los principios que emanan de este, los aspectos individuales y colectivos que trascienden en el desarrollo de su ejercicio, entre otros.

Así pues, pareciera que el ámbito de estudio de la libertad sindical y, en general, de los fenómenos sindicales, se reduce con el paso del tiempo. No obstante, no existe afirmación más errónea que la anterior: la globalización, las nuevas tecnologías empresariales, la incesante movilidad de capital del mercado, etc., han tenido un gran impacto sobre la organización productiva de la empresa, la cual a su vez repercute en la organización del trabajo. La realidad exige redefinir las instituciones sobre las cuales se fundan las bases del derecho del trabajo, revela que la misma permanece incompleta e inacabada, y demanda crear mecanismos de protección frente las afectaciones del derecho a la libertad sindical.

De hecho, nadie puede negar que las conductas antisindicales son reprochables por el ordenamiento jurídico, razón por la cual, si no existen mecanismos de protección adecuados, la eficacia de la función de los sindicatos se debilita y repercute en el universo de trabajadores afectados y, en general, en el sistema de relaciones laborales.

Dentro de los mecanismos de protección contra los actos antisindicales del empleador se encuentran aquellos enmarcados en procedimientos administrativos, esto es, inspecciones

ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). A nivel procesal, existen figuras específicas como la reposición por despido que tenga como motivo la sindicalización del trabajador; o, incluso, la tipificación de las conductas antisindicales como un tipo penal.

Sin embargo, estudiar el conflicto empleador-sindicato en las distintas facetas de su desenvolvimiento ha desviado la atención de un problema jurídico simple: cuando alguien produce un daño, debe repararlo. Y con ello no me refiero necesariamente a reponer la situación jurídica al estado anterior de las cosas —para ello existe específicamente la acción de amparo—, sino más bien a resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado (indemnizar por los daños y perjuicios generados por las conductas sindicales), como mecanismo de protección frente a la insuficiencia de la tutela restitutoria de derechos. Se trata de una tendencia que ha estado creciendo últimamente en la jurisdicción laboral.

Con este trabajo se busca estudiar una nueva tendencia que los órganos jurisdiccionales del Perú han iniciado. Ellos han interpretado distintas normas civiles conforme a la legislación laboral. Este es el caso de la posibilidad de incluir condiciones resolutorias en contratos de trabajo, el pago de indemnización por daños y perjuicios en el despido de una trabajadora durante su periodo de prueba e, incluso, el pago de daño moral en caso de despido. Más allá de la postura que se tenga sobre una u otra, en algunos casos será factible trasladar la aplicación de normas comunes a la relación de trabajo y, en otros, no.

En esa línea, al no existir una regulación específica en materia laboral sobre indemnización por daños originados por conductas antisindicales —es decir, no existe un derecho de daños en el ámbito laboral que tenga una regulación tan vasta como la que hay en materia civil—, es necesario aplicar la normativa civil sobre la materia, en cuanto le fuera aplicable, sin dejar de observar los principios del derecho del trabajo.

2. La aplicación supletoria de las normas civiles en el derecho del trabajo

El derecho del trabajo surgió como una necesidad frente a las insuficiencias que el derecho civil mostraba para regular la situación jurídica de los trabajadores dependientes. En efecto, la aplicación de los preceptos civiles —con especial hincapié en la libertad contractual— dejaba en un estado de indefensión a los trabajadores dependientes en la regulación de estas relaciones (salarios bajos, condiciones de salud y seguridad precarias, jornadas laborales interminables, entre otros).

La libertad contractual otorgada a las partes en el derecho civil se basa en una igualdad de condiciones entre las partes, la cual no existe en las relaciones de trabajo¹. Precisamente, el derecho del trabajo hizo un quiebre con el individualismo de la regulación civil, con el fin de proteger a los trabajadores del liberalismo económico (Mangarelli, 2008, p. 107). Más aún, si se ve más allá de esa ruptura, la tendencia del derecho del trabajo ha sido establecer mecanismos

¹ Se ha criticado mucho la teoría de la «desigualdad en la capacidad de negociación», en la medida que no es exclusiva de las relaciones de trabajo, sino que es posible visualizarla en cualquier otra relación contractual. Frente a ello, hoy en día se considera más conveniente referirse a la «vulnerabilidad sistemática» de los trabajadores frente a los empleadores. Esta vulnerabilidad se manifiesta en la subordinación inherente al sometimiento a las órdenes del empleador y en el vínculo de dependencia que se establece en la relación. Véase: Davidov (2007, p. 353).

protectores que limitan la capacidad de negociación², a través de normas imperativas y hasta muchas veces indisponibles³.

No obstante, el derecho del trabajo no puede dar solución a todos los supuestos de hechos configurados en la realidad ni a todas las situaciones jurídicas en dicho ámbito. Como explica Néstor de Buen Lozano (1979): «[p]or muy desarrollada que esté una disciplina especial, nunca podrá colmar la totalidad de los problemas de sus sujetos, de sus actos y de sus normas, los que necesariamente estarán subordinados en última instancia a reglas del derecho común» (p. 110). Sumado a ello, ha existido una fuerte afectación de los supuestos de hecho sobre los que se construyeron las instituciones jurídico-laborales tradicionales, a raíz de la transformación de la realidad organizativa empresarial, así como del mercado de trabajo, lo cual obliga a la norma laboral a abandonar toda pretensión de autosuficiencia, puesto que de no hacerlo corre el riesgo de restarse a sí misma eficacia jurídica⁴.

En esa línea, una vez reconocida la especialidad y la separación del derecho laboral, con sus propios principios y reglas, la aplicación supletoria de las normas del Código Civil (en adelante, CC) se hace necesaria (al menos transitoriamente), eso sí, respetando ciertas reglas. El profesor Javier Neves Mujica (2009) explica lo siguiente:

[...] la aplicación supletoria del ordenamiento civil está condicionada a que no existe incompatibilidad entre los ordenamientos vinculados. Dadas las lógicas distintas del derecho del trabajo y el derecho civil, es bastante probable que tal incompatibilidad se produzca al menos siempre que cada uno se desenvuelva en su situación ordinaria, es decir, el primero tratando a los contratantes como desiguales y el segundo como iguales. En ese caso, no cabe la utilización supletoria de este último. (p. 124)

Básicamente, se debe tener en cuenta que la aplicación de la normativa civil en el derecho del trabajo será correcta solo cuando existan vacíos en la legislación laboral y siempre que no supongan contradicción con los principios y particularidades del derecho laboral. A modo de ejemplo, la transmisión de empresas es un fenómeno empresarial frecuente en el contexto actual de globalización, el cual supone un cambio de empleador y una regulación laboral especí-

2 En palabras de Alfredo Montoya Melgar (2013): «La relación jurídica de trabajo recibe una vasta ordenación imperativa “desde fuera” del dominio de la autonomía de la voluntad de las partes. Esta ordenación impuesta por los poderes estatal y “colectivo” alcanza a todos los aspectos significativos de la relación de trabajo (deberes y derechos de los contratantes, condiciones de capacidad, reglas sobre extinción de la relación, etc.) dejando un muy escaso margen de actuación a la voluntad de las partes, cuya función se reduce por lo general a la elevación o mejora de las condiciones fijadas en las normas legales o en los convenios colectivos. Y en todo caso, tanto las mejoras como las condiciones específicas del contrato son —salvo supuestos excepcionales (altos cargos, trabajadores muy cualificados)— más que el resultado de una auténtica negociación *inter partes*, cláusulas-tipo propuestas por el empresario y que el trabajador, si desea ser contratado, ha de aceptar en bloque adhiriéndose a ellas sin posibilidad de discusión» (p. 269).

3 Así, por ejemplo, la irrenunciabilidad de derechos es uno de los principios fundamentales dentro del derecho del trabajo. Neves Mujica (2009) explica lo siguiente: «Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia no. [...] Pues bien, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la trasgresión a esta regla» (pp. 126-127).

4 Véase: Arce Ortiz (2013a, pp. 31-32).

fica. Sin embargo, no existe norma laboral especial que regule estos supuestos. Se deben aplicar las reglas correspondientes a la cesión de posición contractual establecidas en los artículos 1435 y siguientes del CC, un supuesto similar al de la sucesión o sustitución de empleadores⁵.

Entonces, atendiendo a la materia del presente estudio, corresponde plantear las siguientes preguntas: ¿qué normas se deben tratar en los supuestos de la verificación de un daño derivado de una conducta antisindical? ¿Cómo se puede conjugar esta situación con el mandato constitucional de no dejar de administrar justicia (artículo 139 inc. 8 de la Constitución)? ¿Resultado suficiente la tutela restitutoria (a través de la acción de amparo) para salvaguardar el derecho a la libertad sindical? ¿Las reglas del CC se pueden aplicar *mutatis mutandi* al derecho laboral?

Estas preguntas recién se han planteado en el análisis jurisprudencial del Perú, con muchas críticas de por medio. A pesar de ello, ha sido exiguo o nulo el ámbito de reparación resarcitoria de las conductas antisindicales del empleador, por lo que deben ser resueltas por la teoría general del derecho, en tanto no se puede ser indiferente frente a un supuesto en el cual se identifica que se está ante una laguna legal⁶, la cual se debe enfrentar con la aplicación de los principios generales del derecho⁷ y la interpretación sistemática de normas.

3. Aplicación de la reparación civil en el ámbito laboral

Una de las primeras temáticas a partir de la que se aplica la normativa civil en el ámbito de trabajo correspondía a los supuestos de indemnizaciones por cuestiones de seguridad y salud en el empleo. Con ello, se destaca la divergencia en la protección procesal que debía preferirse en estos supuestos. Como advierte Ferran Camas Roda (2013):

Un tema previo a la propia configuración de la responsabilidad civil en el marco laboral fue la fijación del orden jurisdiccional a quién correspondía su conocimiento, ya que pese a la producción de un siniestro en el ámbito de las relaciones laborales, la doctrina judicial emanada de los tribunales civiles ha venido justificando la asunción de la competencia para conocer las demandas del trabajador en reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, fundamentadas en la posible culpa del empresario al amparo de los arts. 1902 y 1903 del CC, ya que en virtud de dicha atribución al orden jurisdiccional civil se garantizaba, como al efecto manifestaba las correspondientes sentencias judiciales, el principio de reparación íntegra del daño. (p. 6)

La jurisprudencia del Perú no ha sido ajena a esta discusión, al punto de haber llegado a formar parte del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral en el año 2012. En este se acordó que los jueces que ejercen competencia bajo los alcances de la Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 26636; y la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), Ley n.º 29497, conocerán las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto patrimonial como moral, especialmente en casos de enfermedad profesional. Esta competencia no está limitada únicamente a los casos de enfermedad profesional, sino también se extiende a

5 Para un análisis más detallado del tema, véase: Mejía Madrid (2006).

6 Cabe resaltar que por «laguna», en este artículo se hace referencia a cuando un hecho no está regulado, pero debería estarlo por la trascendencia social que tiene. Por otro lado, uno se encuentra frente a un «vacío» cuando el hecho no está regulado ni debería estarlo. Véase: Arce Ortiz (2013b, p. 231).

7 «Todos los casos no regulados en la norma particular que guardan una semejanza con los regulados en ella, deben ser regulados de la misma forma» (Arce Ortiz, 2013b, p. 231).

todos los ámbitos de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Si se imagina un caso en el que se produce una movilidad geográfica arbitraria de un trabajador; la cual genera como consecuencias perjuicios económicos (gastos de movilidad, mudanza, alquileres, etc.) y morales (distanciamiento de la familia, sensaciones de malestar; entre otros) para el trabajador; ¿no resultaría lógico el resarcimiento total de todos esos daños?

Ahora bien, no existe duda que todos los daños generados por incumplimientos totales o cumplimiento inexactos derivados de prestaciones del contrato de trabajo se conocerán en la jurisdicción laboral, bajo las reglas civiles. Sin embargo, ¿qué sucede en los casos de incumplimientos del empleador frente al sindicato? ¿El origen de esta obligación emana de la ley, de los contratos de trabajo (con cada trabajador) o de los convenios colectivos? Como consecuencia de ello, ¿es importante aquí distinguir «responsabilidad civil contractual» o «extracontractual»? ¿Cuáles serán los criterios indemnizatorios utilizados en estos casos?

Como se mencionó antes, la remisión a normas ajenas al derecho del trabajo, las cuales cuentan con una lógica interna propia, sin analizar las diferencias existentes con las normas comunes, puede hacer que el sistema de responsabilidad no funcione con la misma eficacia⁸, por lo que el análisis normativo se verificará en atención a la naturaleza de la rama laboral y las relaciones jurídicas establecidas entre los principales actores de esta.

Al tener en cuenta ello, cabe resaltar que más allá del debate sobre la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, se busca una solución práctica que se enfoque en determinar las consecuencias del daño ocasionado, es decir, importa más el agente dañado que el dañoso. Es ahí donde se encuentran distinciones, como en los casos de prescripción, carga de la prueba y presunciones.

Como parte del análisis, se deben identificar tres escenarios posibles. Primero, cuando los daños surjan de la relación establecida entre el empleador y el trabajador; evidentemente se tratará de un vínculo jurídico de naturaleza contractual, toda vez que la fuente de la cual emana la relación obligatoria es el propio contrato de trabajo. Segundo, cuando los daños surjan de la relación entre el empleador y el sindicato, *prima facie* mantienen un vínculo de naturaleza extracontractual, siempre y cuando se verifique que las obligaciones que alguno de estos incumpla no emanen del respectivo convenio colectivo; no obstante, podríamos admitir que entre el sindicato y la empresa existe una relación obligatoria a partir del «contrato social». Finalmente, cuando el empleador y el sindicato mantienen un convenio colectivo vigente y los daños se generen de las obligaciones que deriven de este, el vínculo entre ambos será de naturaleza contractual.

Como se ha explicado, el vínculo jurídico establecido entre la empresa y sindicato es una relación extracontractual, toda vez que la ley impone una serie de disposiciones de respeto hacia el sindicato. Como consecuencia, «[...] esta relación impone a las partes una serie de obligaciones que, entre otras, se expresan en el respeto no solo del trato debido por prescripciones de carácter legal que se incorporan en la relación individual de trabajo, sino también por el deber genérico de actuar de tal manera que no se menoscabe o se pretenda interferir en la vida interna del otro grupo, coartándole el libre ejercicio de su actividad» (Vázquez Vialard, 1988, p. 771).

Por otro lado, se puede identificar los incumplimientos tanto de las obligaciones de carácter individual⁹ —establecidas por convenio colectivo, o por disposición legal o bilateral,

8 Compárese con Roca (2000, p. 20), citado por Sepúlveda Gómez (2004, p. 28).

9 Estas son las denominadas cláusulas normativas, las cuales en el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se definen como «[...] aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos indivi-

que se incorporan al contrato— como las de carácter colectivo¹⁰. Dentro de estos también se incluye, por ejemplo, el deber de negociar de buena fe, entendido como un nivel democrático que se traduce en seguridad, disciplina y lealtad, que no deviene en una mera recomendación programática, sino en una auténtica obligación jurídica¹¹.

De esta forma, se podría afirmar que una conducta antisindical (esto es, que se enmarca dentro del incumplimiento de las obligaciones del empleador respecto del sindicato) debe tener presente no solo los daños que se causan al sindicato titular de la libertad sindical lesionada, sino también los daños ocasionados a trabajadores, potenciales beneficiarios de las consecuencias del ejercicio de la libertad sindical, así como los beneficios obtenidos por el empresario como consecuencia de que no surjan esos derechos en los trabajadores afectados (Sepúlveda Gómez, 2004, p. 30).

Para ello, es necesario entender la lógica del derecho a la libertad sindical y las particularidades del mismo, tal y como lo ha venido interpretando el Tribunal Constitucional del Perú¹², e identificar cuándo se trata de una vulneración del mismo.

4. Derecho a la libertad sindical: contenido y conductas antisindicales

El derecho a la libertad sindical se consagra en el ordenamiento peruano a través de las normas internacionales, de la Constitución y de la ley. En consecuencia, dentro de las normas internacionales de mayor relevancia se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio n.º 87 y el Convenio n.º 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por su parte, en la Constitución del Perú de 1993, a través de su artículo 28 se enuncia que el Estado «[...] reconoce el derecho de sindicación» y «garantiza la libertad sindical». En palabras del doctor Carlos Blancas Bustamante, esto se indica a través de un texto lacónico y escueto, que no aporta mayores elementos de juicio sobre el concepto de libertad sindical, razón por la cual su contenido debe establecerse recurriendo a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, los cuales poseen rango constitucional e integran el bloque de constitucionalidad¹³.

4.1. Contenido.

La libertad sindical, más allá de constituirse como la piedra angular de los derechos colectivos, debe entenderse como «[...] un prerrequisito o condición de posesión y ejercicio de otros derechos [...] Usando una expresión a la moda, podría decirse que es “un derecho para tener derechos”, un derecho generador o creador de otros derechos» (Ermiada Uriarte, 2012, p. 33). Como se destaca, este derecho trasciende las relaciones laborales y se proyecta hacia la orga-

duales de trabajo y las que aseguran o protegen su cumplimiento».

10 De igual forma, en el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se las define como aquellas que «[...] establecen derechos y deberes de naturaleza colectiva laboral entre las partes del convenio».

11 Compárese con Russomano (1995, p. 175), citado por Iglesias Merrone (2010).

12 Véase: Exp. n.º 0008-2005-AI/TC, n.º 1492-2002-AA/TC, n.º 0008-2005-AI/TC y n.º 0206-2005-AA/TC (sobre contenido de la libertad sindical); Exp. n.º 1469-2002-AA/TC (sobre denegatoria del permiso para colocar un periódico mural sindical); Exp. n.º 03204-2009-PA/TC (sobre la negativa del empleador en reconocer la personería jurídica del sindicato); Exp. n.º 02974-2010-AA/TC y n.º 02476-2010-PA/TC (sobre incentivos económicos con fines antisindicales); y Exp. n.º 01139-2007-PA/TC (sobre rechazo de la solicitud de licencia sin goce de haber a un dirigente sindical).

13 Compárese con Blancas Bustamante (2011, p. 406).

nización social y económica de la comunidad, como instrumento privilegiado para la defensa de una vida mejor y tratamiento en igualdad de condiciones (Blancas Bustamante, 2011, p. 402).

Resulta importante resaltar la trascendencia de la protección de la libertad sindical a nivel macro en el ordenamiento jurídico, ya que ello permite entender la multiformidad de los actos antisindicales, es decir, la estructura compleja de este derecho llevará a reconocer la inexistencia de un único factor a partir del cual pueda explicarse la patología de la libertad sindical (Sanguinetti Raymond, 1993, p. 78). Sin embargo, sobre las diversas formas de afectación se ahondará más adelante¹⁴.

Ahora bien, en el Perú se ha visto que el marco constitucional no ha sido alentador en el proceso de protección de este derecho. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha constituido como el guía de interpretación y dotación de contenido de los derechos laborales (y en general de derechos fundamentales). En palabras del profesor Arce: «Quizá el mayor exponente de esta suerte de penetración del derecho constitucional en las relaciones de trabajo ha sido el Tribunal Constitucional [...], el cual con sus reiteradas sentencias ha precisado el contenido normativo de los derechos constitucionales de los trabajadores» (Arce Ortiz, 2012, pp. 436-437).

Así, a través de la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad de la Ley Marco del Público¹⁵, se reconoce tanto el aspecto positivo como el negativo de este derecho, y se expresa que el primer derecho de un trabajador es constituir organizaciones sindicales y afiliarse a los sindicatos ya constituidos y, el segundo, como el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical.

Del mismo modo, la referida sentencia establece que la libertad sindical plural plantea tres aspectos: (i) ante el Estado, comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; (ii) ante los empleadores, comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; (iii) ante las otras organizaciones sindicales, comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

Es por ello que muy acertadamente Toyama y Merzthal rescatan que la «[...] sentencia antes mencionada es muy citada en una serie de resoluciones posteriores del [Tribunal Constitucional] que se relacionan con la libertad sindical, es decir funciona como base de las mismas. Ello debido a que el [Tribunal Constitucional] establece con claridad la diferencia entre la dimensión individual y la colectiva, así como la necesidad de que se protejan ambos ámbitos» (Toyama Miyagusuku y Merzthal Shigyo, 2013, p. 92).

Finalmente, el Tribunal Constitucional se ha referido al contenido esencial de este derecho a través de la sentencia recaída en el Exp. n.º 1469-2002-AA/TC en la cual expresa que:

[...] el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que, a este núcleo mínimo e indisponible, deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de

14 Véase: sección 4.2. del presente artículo.

15 Fundamento jurídico 27, Exp. n.º 0008-2005-AI/TC.

acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical [énfasis añadido].

Con esto, el Tribunal Constitucional subsana la omisión de la Constitución del Perú, y con ello reafirma su naturaleza como derecho trascendental en el marco del progreso social y económico.

4.2. Conductas lesivas al derecho a la libertad sindical.

En el presente acápite se pretende ver este derecho desde el punto de vista «negativo», esto es, desde los comportamientos lesivos de este derecho, las actuaciones que invaden ilícitamente la esfera de la libertad sindical.

Así pues, como rescata Valdeolivas García (1994) sobre los actos antisindicales: «[...] el problema será dilucidar en cada supuesto concreto cuándo el comportamiento que afecta negativamente a los derechos de libertad sindical puede ser considerado como antisindical en sentido estricto y cuándo, por el contrario, supone un comportamiento legítimo no reprimible» (p. 71).

Por su parte, Oscar Ermida Uriarte ha diferenciado los «actos antisindicales» de los «actos de discriminación antisindical», los «actos de injerencia» y las «prácticas desleales», y ha apuntado a englobar en un solo concepto las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos. De esta forma, se pretende abarcar nociones, actitudes, conductas o medidas originarias de otras nociones y superar las limitaciones de todas ellas (Ermida Uriarte, 1987, pp. 112-113).

La legislación del Perú no destaca de manera expresa y explícita la noción de «conducta antisindical». No obstante, se puede afirmar que la misma se desprende de una lectura del artículo 4 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT):

El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyen.

De la lectura de la disposición legislativa se puede identificar que esta posee grandes matices que pueden ser de análisis, tanto su dimensión subjetiva como objetiva, lo cual sin duda permite extender el ámbito de protección del mismo para su adecuada instrumentalización en la actividad procesal.

Así, desde su ámbito subjetivo, la norma encuentra como sujetos activos de la conducta al «[...] Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros». Esta opción parece ser la más adecuada, en la medida que es posible identificar a las fuentes más importantes de potenciales prácticas antisindicales. No obstante, pueden ser otros los sujetos que adopten comportamientos lesivos de este derecho. Al entrar en relación con diversos interlocutores, la vulneración de los derechos sindicales puede venir de una serie de sujetos distintos a los anteriormente descritos. Como advierte Wilfredo Sanguinetti Raymond, los derechos sindicales no solo precisan de protección frente a las agresiones provenientes de agentes externos al movimiento obrero, sino también con relación a los excesos que pueden cometer las propias organizaciones de trabajadores en su pugna por reforzar su influencia sobre los asalariados y consolidar sus posiciones dentro del mismo sindicato (Sanguinetti Raymond, 1993, p. 96). Del

mismo modo, pueden identificarse otros sujetos de los cuales se puede esperar alguna intervención contraria al desenvolvimiento del fenómeno sindical (trabajadores o terceros ajenos a la empresa, cámaras de comercio, partidos políticos, etc.) (Sanguineti Raymond, 1993, p. 103).

Por otra parte, desde el ámbito objetivo, se encuentran aquellos que tiendan a «[...] coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores e intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyen». Esta indeterminación legal permite que el concepto comprenda una vasta gama de actividades, si se tiene como eje central la vulneración del derecho de sindicalización, por una parte, y su intromisión en la creación y sostenimiento (se entiende por este el aspecto funcional).

Sin duda alguna, esta técnica legislativa del artículo 4 de la LRCT ayuda a superar todo rasgo de tipicidad de los actos contrarios a la libertad sindical, lo cual convierte en ineficaz cualquier intento de identificar las múltiples modalidades que estas pueden adoptar (Sanguineti Raymond, 1993, p. 64). Ello tendrá como efecto que la identificación de las conductas antisindicales quedará en manos de los respectivos órganos jurisdiccionales. Sin embargo, conviene resaltar que existen modalidades de conductas antisindicales que han sido identificadas por el legislador y, por tanto, se consideran como típicas, pero bajo ningún motivo se constituyen como una lista cerrada o taxativa de las formas de violación de este derecho. Así, por ejemplo, encontramos aquellos despidos que tengan como motivo la afiliación de un sindicato o la participación en actividades antisindicales (artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante LPCL) o los supuestos de actos de mala fe en la negociación colectiva, establecidos a través de la Resolución Ministerial 284-2011-TR (artículo 1).

Queda claro, entonces, que el artículo 4 de la LRCT brinda un escenario ideal¹⁶ de protección de la libertad sindical. En efecto, este artículo se consolida como el marco general de protección de la libertad sindical.

Sin embargo, el escenario esperanzador analizado precedentemente se ve derrumbado por la argucia legislativa establecida en los artículos 30 y 31 de la LRCT, referidos a la protección del fuero sindical, en donde se encargan de desarrollar la norma anteriormente analizada y restringir considerablemente el ámbito de protección que esta había plasmado.

De esta forma, el artículo 30 de la LRCT establece que el fuero sindical garantiza «a determinados trabajadores» no ser «despedidos» ni «trasladados» a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación.

Al no ser suficiente para el legislador limitar el ámbito subjetivo y objetivo de la libertad sindical a «determinados trabajadores» y a dos situaciones objetivas como el despido y los traslados, el artículo 31 de la LRCT enuncia que estarán amparados por el fuero sindical:

- (a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después; (b) los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales. En el marco de la negociación colectiva se podrá ampliar el ámbito de protección del fuero sindical. El estatuto señalará qué cargos comprende la protección; (c) los delegados a que se refiere el artículo 15 y los representantes a que se refiere el artículo 47 de la presente norma;

16 Esto es, con conceptos indeterminados que permiten darnos una amplia gama interpretativa sobre la configuración de actos antisindicales.

(d) los candidatos a dirigentes o delegados, treinta (30) días calendario antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta (30) días calendario después de concluido este; (e) los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (3) meses después de concluido el procedimiento respectivo. Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. A falta de acuerdo los dirigentes amparados en sindicatos de primer grado, no excederán de tres (3) dirigentes si el sindicato tiene hasta cincuenta (50) afiliados, agregándose un (1) dirigente por cada cincuenta (50) afiliados adicionales, hasta un máximo de doce (12) dirigentes. En las federaciones dos (2) dirigentes multiplicados por el número de sindicatos afiliados, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de quince (15) dirigentes ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. En la Confederación hasta dos (2) dirigentes multiplicados por el número de federaciones afiliadas, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de veinte (20), ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. Mediante convención colectiva se podrá fijar un número mayor de dirigentes amparados por el fuero sindical. No podrá establecerse ni modificarse el número de dirigentes amparados por el fuero sindical por acto o norma administrativa.

Evidentemente el minucioso y extenso desarrollo legislativo limita sobremanera el ámbito de protección de la libertad sindical. Villavicencio opina que la regulación reseñada consagra un fuero sindical doblemente restringido, puesto que en lo subjetivo está referido solo a los dirigentes sindicales y ni siquiera a todos, sino a un número reducido (excepto en los casos de un sindicato que se encuentra en formación, en donde se protegen a todos sus miembros), y en lo objetivo solo se protege dos actos antisindicales: los despidos y traslados sin causa justa debidamente comprobada o sin aceptación (Villavicencio Ríos, 1999, p. 70). Si se revisa la LPCL, se puede llegar a la misma consecuencia jurídica, ya que considera nulo el despido que tenga por motivo la afiliación o participación en actividades sindicales (artículo 29 inciso a), así como un acto de hostilidad equiparable al despido —como el traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que preste servicios habitualmente— con el propósito de causarle perjuicio (artículo 30 inciso c). Es decir, ya en materia del derecho individual del trabajo, existen limitantes al ejercicio abusivo del poder de dirección del empleador; la cual encuentra incidencia en conductas antisindicales.

Pero eso no es todo. Si se remite a las normas mencionadas, también hay referencias a la extensión del ámbito temporal de la protección, esto es, hasta tres meses después de la presentación de la solicitud del registro, con un periodo igual para los integrantes de la comisión negociadora desde culminada la negociación colectiva y treinta días en caso de la configuración de un despido nulo. Como señala Arce, esta regulación resulta criticable por la estrechez de los plazos y la confusión que genera, puesto que es evidente que no cumplirá con su finalidad disuasoria, ya que resulta más o menos fácil suponer que la motivación ilegítima se materializará antes o después de los treinta días, o tres meses, según sea el caso (Arce Ortiz, 1999, p. 198).

De todo lo anterior, surgen las siguientes preguntas: ¿cuáles eran las pretensiones del legislador en limitar el ámbito de protección de la libertad sindical? ¿No resultaba más adecuado seguir la línea del artículo 4 de la LPCL? Por un lado, se puede encontrar que, al parecer, la respuesta ya fue dada por Sanguinetti Raymond (1993, p. 97), quien sostiene que el legislador interviene donde no debería hacerlo y no interviene donde debería hacerlo, razón por la cual el propio Alfredo Villavicencio Ríos establece que la regulación en el Perú es restringida y simbólica.

5. Mecanismos de tutela de la libertad sindical

Resulta idóneo analizar las formas de tutela de la libertad sindical, en tanto tal y como lo expresa la OIT: «[...] la existencia en la legislación de normas de fondo que prohíban los actos de discriminación antisindical no es suficiente si las mismas no van acompañadas de procedimientos eficaces para que se cumplan en la práctica» (OIT, 1996, p. 159). No cabe duda que la eficacia de la norma material resulta exigua si no existen medios instrumentales de protección de los derechos, más aún en el ámbito de las relaciones laborales en donde el cumplimiento de estas normas es realmente preocupante en el contexto nacional.

En esa línea, cuando existe una afectación a un derecho (como es el caso de la afectación a la libertad sindical mediante conductas antisindicales), se pueden identificar tres momentos: el primero, cuando existe el peligro que se verifique un daño; el segundo, cuando se produce un daño continuado, que no ha terminado o que exista el peligro que se repita el mismo; y, por último, cuando se consuma un daño instantáneo. En estos casos, las pretensiones procesales serán la inhibitoria, cesatoria y responsabilidad civil respectivamente (Espinoza Espinoza, 2013, p. 50), sin perjuicio de otras formas de sanción y tutela, como la aplicación de sanciones administrativas¹⁷, penales¹⁸ y, sin duda, la huelga¹⁹.

La libertad sindical constituye un derecho fundamental consagrado en la Constitución del Perú y, en esa medida, encontró en el proceso de amparo el mecanismo más eficaz para su protección. En efecto, el proceso de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución distintos a la libertad individual y a los derechos tutelados por el *habeas data*²⁰. Por ese motivo, el proceso de amparo busca reponer las cosas a un estado determinado para declarar que el derecho existente y cierto está siendo violado o amenazado por un hecho real, efectivo, tangible y concreto que constituye lesión de categoría constitucional.

La particularidad que ha establecido la legislación peruana, a través del Código Procesal Constitucional, es que este tiene un carácter residual, vale decir, conforme al artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, a efectos de atender requerimientos de urgencia dentro de la calificación de derechos fundamentales.

El propio Tribunal Constitucional, a través de la famosa sentencia Baylón Flores, dejó claro que existe la obligación estatal de adoptar medidas necesarias para garantizar a los traba-

17 El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT) desarrolla una serie de infracciones laborales frente a la comisión de conductas antisindicales. Así, por ejemplo, en protección a la sindicación, el artículo 25.10 establece como infracción muy grave: «La realización de actos que impidan la libre afiliación a una organización sindical, tales como el uso de medios directos o indirectos para dificultar o impedir la afiliación a una organización sindical o promover la desafiliación a la misma». En esa línea, el RLGIT establece sanciones frente al ámbito subjetivo de protección frente a la discriminación antisindical (artículos 25.11 y 25.12), protección de las cuotas antisindicales (artículo 24.10) frente a las facilidades sindicales (artículo 24.11), la solicitud de información en negociación colectiva (artículo 24.9), oposición al pliego de reclamos (artículo 25.8), prohibición de esquirolaje (artículo 25.9), etc.

18 El artículo 168 del Código Penal estipula que: «Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes: I. Integrar o no un sindicato [...]».

19 La típica clasificación que se estudia sobre las vías garantistas según la naturaleza de solución de conflictos es la autotutela, autocomposición y heterocomposición.

20 Artículo 200.2 de la Constitución.

jadores el libre ejercicio de la sindicación e impedir todo acto de antisindicalidad, razón por la cual los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tenían tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando la vía ordinaria también pueda reparar tales derechos²¹.

Sin embargo, dicha sentencia fue reemplazada por el cambio de criterio en la sentencia del caso Elgo Ríos, Exp. n.º 02383-2013-PA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional realiza una interpretación más elaborada del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y dicta como precedente que una «vía igualmente satisfactoria» se entiende desde dos perspectivas: «[...] una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental)»²². De esta forma, restringe con rigurosidad la procedencia de los amparos, en la medida que considera que la vía ordinaria laboral resulta igualmente satisfactoria que la tutela constitucional.

De manera que la vía ordinaria laboral de la NLPT adquiere un rol protagónico en la protección de la libertad sindical, más aún si contiene disposiciones innovadoras que rompen los formalismos con los que se está acostumbrado a lidiar:

Un primer aspecto para tener en consideración es que, como derecho de doble titularidad (individual y colectiva), puede ser exigido en la vía procesal tanto por sus titulares individuales o colectivos. De hecho, el artículo 8 de la NLPT en sus incisos 2 y 3 establecen reglas especiales de comparecencia, en las cuales brindan la posibilidad al sindicato de interponer demandas judiciales «[...] en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados». Así, para ello, no será requisito indispensable la presentación de un poder especial, pero sí «[...] debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones». Estas reglas dotan de gran facilidad y accesibilidad a la protección judicial de los sindicatos y los intereses de sus afiliados.

De igual forma, en el inciso 2 del artículo 9 de la NLPT, se determina la legitimación especial para demandar la conducta antisindical. En concreto, se determina que cuando se afectan derechos de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito, de modo que «[...] introduce una poderosa herramienta para la impugnación de los actos antisindicales que buscan evitar la conformación del ente que representará a los trabajadores» (Mendoza Legoas, 2010, p. 251).

En el plano de la competencia, el artículo 2.3 de la NLPT prevé el proceso abreviado en caso de vulneración a la libertad sindical. No obstante, ¿sería correcto dilucidar la reparación de daños y perjuicios en un proceso abreviado? ¿Qué sucede en los casos en los cuales el acto antisindical se ha consumado y no existe la posibilidad de restituir el derecho al estado anterior? ¿Resulta suficiente la imposición de sanciones administrativas o penales para paliar este tipo de conductas? Se debe proveer a los sindicatos y trabajadores de todos los mecanismos de protección que permitan un desarrollo adecuado de sus actividades y el ejercicio legítimo de sus derechos. De esta forma, la reparación civil por conductas antisindicales permitirá que el sindicato cumpla con su función redistributiva de la riqueza en el sistema de las relaciones laborales.

Por ello, parecería que una mejor opción se encuentra prevista en el artículo 2.1 inciso b de la NLPT, el cual determina la competencia de los juzgados laborales en proceso ordinario

21 Compárese con fundamento jurídico 14.

22 Fundamento jurídico 12.

de las pretensiones relacionadas a la responsabilidad por daños derivadas de la relación laboral. Dicha opción se basa en que la pretensión de indemnización tenga un carácter más resarcitorio que reponedor; así como en la naturaleza del proceso, la cual permitirá realizar una actuación probatoria más minuciosa.

Repárese en que las pretensiones de responsabilidad civil por conductas antisindicales del empleador serían de conocimiento de los jueces laborales en virtud del artículo 2.1 de la NLTP; y la vía ordinaria laboral sería la adecuada. Evidentemente la dificultad probatoria y las complejas formas en las que se traducen los comportamientos antisindicales deben dilucidarse en este tipo de procesos. El legislador no pensó el artículo 2.3 de la NLPT para este tipo de reparaciones frente a la vulneración de la libertad sindical, sino más bien en el proceso abreviado a efectos de que, en un proceso célere se restituya el derecho antes de su vulneración.

Debe quedarle claro al lector que el presente trabajo no tiene como fin proveer, al sujeto activo de la conducta dañosa, un instrumento que le permita realizar la conducta lesiva de la libertad sindical, bajo el argumento que el resarcimiento futuro reparará la lesión; todo lo contrario. Esta reparación podrá hacerse efectiva en caso sea imposible la restitución del derecho al estado anterior de la lesión. Es decir, no se pretende autorizar la comisión de los actos antisindicales por el pago de una reparación económica.

6. La reparación de las consecuencias de la conducta antisindical: la indemnización por daños y perjuicios

Queda claro entonces que una vez consumado el acto antisindical, la forma ideal de repararlo es restituyendo las circunstancias al estado anterior a la transgresión y, correlativamente, removiendo todos los efectos de la conducta lesiva (Lovatón Palacios, 1991, p. 136). Sin embargo, frente a la posibilidad de que la conducta dañosa produzca efectos irreversibles, estos deben ser susceptibles de afrontarse únicamente por la vía del resarcimiento, dada la imposibilidad de una reparación *in natura* (Sanguineti Raymond, 1993, p. 64).

Este tipo de reparación será denominada como reparación imperfecta del acto antisindical y consiste en conceder a la organización sindical (o sujeto pasivo) afectada una indemnización de daños y perjuicios causados por el acto impugnado, aunque sin anular este; de modo que tal indemnización pueda consistir en un monto prefijado o tarifado o en una indemnización que se calculará en función de los daños y perjuicios que efectivamente puedan acreditarse, e incluso en la acumulación de ambos tipos de reparación económica (Ervida Uriarte, 1987, citado por Lovatón Palacios, 1991, p. 142).

Existirán casos en los que será evidente la existencia de daños patrimoniales cuando existan conductas antisindicales: a título de ejemplo, los gastos incurridos con motivo de una asamblea que no se pudo realizar a raíz de injerencia patronal (por ejemplo, alquileres de locales, herramientas de trabajo); los gastos en que incurre un sindicato para preparar y llevar adelante una negociación que no llega a término ante la comisión, por parte del empleador; de conductas de mala fe orientadas a evitar, impedir, dilatar o entorpecer la negociación colectiva, el no pago de las horas de licencia sindical; los gastos de las acciones judiciales que deba iniciar la organización sindical para obtener tutela jurisdiccional; los gastos de traslado, alojamiento y alimentación a lugares distintos de la residencia habitual para negociar, cuando el empleador niega el reembolso²³.

23 Ejemplos tomados de Vélchez Garcés (2015, pp. 315-316).

Al margen de plantear la existencia de una indemnización por daños como remedio a la lesión de las conductas antisindicales, como advierte Ermida Uriarte (1987, p. 59), existen una serie de limitaciones. En primer lugar, una reparación pecuniaria no parece adecuada para remediar un acto que lleva en sí no solo un aspecto económico, sino también la restricción del ejercicio de una libertad fundamental. En segundo lugar, ya hemos advertido que proponer una indemnización por daños y perjuicios no debe ser el principal remedio en caso de la verificación de conductas antisindicales, toda vez que ello autorizaría la violación del derecho a cambio de una suma pecuniaria. Finalmente, en algunos casos existirá una serie de problemas en la determinación de la cuantía del monto indemnizatorio. Por ejemplo, ¿cómo se cuantificaría económicamente los daños que generan los contratos con cláusulas antisindicales o «*yellowdog contracts*»? ¿Cómo cuantificar el traslado de un dirigente sindical del centro de trabajo?

Más aún, el contexto peruano genera mayor indeterminación ya que, si bien existe un esfuerzo por parte de los tribunales en establecer una adecuada cuantificación de los daños, muchas veces concurre la poca predictibilidad del resarcimiento de los daños, lo cual repercutiría en el sistema de relaciones laborales.

No obstante, las dificultades que se presentan al no existir una tasación legal de las cuantías reparatorias obligan a pensar criterios objetivos sobre los cuales los jueces pueden fijar un *quantum* adecuado. Así, es posible establecer dos parámetros de análisis, los cuales pueden medir más específicamente el alcance real de la lesión de la libertad sindical: (i) el número de trabajadores que van a ser privados de la acción sindical o que se van a ver afectados del derecho a la libertad sindical; y (ii) el beneficio o ventaja económica o «ahorro de gasto» que le va a reportar al empresario la anulación o lesión de la acción sindical (Sepúlveda Gómez, 2004, p. 58).

De esta forma, a pesar de sus evidentes limitaciones, la reparación imperfecta patrimonial se consagra como un mecanismo sumamente útil de un remedio principal, por ejemplo, si se suma a la anulación de la medida discriminatoria (Lovatón Palacios, 1991, p. 143).

7. Análisis de los elementos de la responsabilidad civil en las conductas antisindicales

Luego de determinar la forma de reparación, ya sea a través del resarcimiento o la restitución, corresponde realizar el análisis de los elementos de la responsabilidad civil en la configuración de los actos antisindicales. Aquí se desea dejar en claro al lector que no se pretende inmiscuir en disquisiciones teóricas que entorpezcan este análisis; al contrario, se pretende dar una herramienta de análisis práctico y funcional que permita delimitar la esfera de acción de la responsabilidad civil en estos casos.

El doctor Juan Espinoza Espinoza (2013, p. 150) explica que los elementos de la responsabilidad civil corresponden a (i) la imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona; (ii) la ilicitud o antijuridicidad, es decir, la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico; (iii) el factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto; (iv) el nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; y, finalmente, (v) el daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

7.1. La imputabilidad.

Como se ha mencionado, la imputabilidad está referida a la aptitud del sujeto para responder por los daños que ocasiona. Así, en el caso de conductas antisindicales, se debe proceder a verificar si la empresa, las organizaciones empresariales o el grupo económico tienen capacidad para responder por los daños que ocasiona.

Hay quienes afirman que la imputabilidad es un fenómeno «[...] propio solo de la persona física, mientras no lo es de la persona jurídica o de los entes de hecho, respecto a los cuales puede haber relevancia con el único efecto de comprobar el concurso de la responsabilidad por parte de quien ha actuado en su nombre» (Franzoni, 1993, p. 319).

En materia laboral, Sanguineti Raymond (1993, pp. 177-179) señala que, aunque es posible que el comportamiento lesivo sea ejecutado directamente por el empleador, lo más frecuente será que se produzca una disociación entre la causación material del perjuicio y su imputación, motivada por la intervención de otras personas que realizan actividades cuyos efectos le son atribuibles.

En efecto, tal y como nos advierte el citado autor, la imputación de la conducta ajena debe estar basada en la existencia de una relación capaz de justificar el surgimiento de responsabilidad en quien no ha cometido el hecho generador del daño. Así pues, estos supuestos se dan cuando las personas se desempeñan dentro de los órganos de administración; cuando se hace referencia a trabajadores que forman parte de la alta dirección de la empresa y cuando se haya otorgado un poder de representación a un sujeto distinto a los anteriores. Repárese que existe un vínculo estrecho entre los sujetos descritos precedentemente y el empleador, en donde la descentralización de las funciones en materia de relaciones de trabajo determina que estos desarrollen funciones decisorias.

Aunado a ello, la capacidad del empresario como centro de imputación de responsabilidad se difumina con mayor intensidad cuando resulta difícil determinar quién es el sujeto que ostenta el poder de dirección y, como consecuencia de ello, la dificultad para determinar quién incurre en la lesión del derecho a la libertad sindical, escondiéndose bajo figuras jurídicas permitidas por el ordenamiento: este es el caso del grupo de empresas.

En este último caso, la jurisprudencia ya ha zanjado el tema de la responsabilidad de las obligaciones laborales en el caso de la existencia de un grupo de empresa, a través del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, en la cual se adoptó por mayoría que: «Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores».

El problema de los Plenos Jurisdiccionales es que no tienen fuerza normativa. Además, el juez no puede exceder el mandato del artículo 1183 del CC. Sin perjuicio de estas cuestiones, existe el esfuerzo de los jueces de unificar criterios y concluir que, en caso exista un grupo económico y se determine que el mismo ha incurrido en conductas antisindicales, es pasible de que las vinculadas respondan solidariamente por dichas obligaciones.

7.2. Antijuricidad.

La obligación de indemnizar nace cuando se causa daño mediante un comportamiento que no es amparado por el derecho, dado que contraviene una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas

costumbres (Taboada Córdova, 2013, p. 46). Así, la esencia de la antijuricidad radica en la lesión de un bien jurídico protegido por una norma que se infringe con la acción antisindical.

Ahora bien, al realizar el examen de antijuricidad, se deben observar tanto las normas prohibitivas como las normas permisivas, que se configurarán como una causa de justificación de la conducta. En primer lugar, dentro de las normas prohibitivas se encuentran las ya analizadas precedentemente²⁴, y se configura una conducta antisindical cuando la ilegalidad de comportamiento tendrá una repercusión objetiva, de limitación de ejercicio de la libertad y la actividad sindical.

En esa línea, la libertad sindical se configura como un derecho fundamental reconocido por la Constitución, que impone no solo deberes especiales de conducta a sujetos determinados en los casos que así lo señale la ley, sino un deber general de respeto a la situación de sus titulares (Sanguinetti Raymond, 1993, p. 198). De este modo, la multiformidad de las conductas antisindicales quedan reducidas al ser imposible admitir los obstáculos a la autotuela colectiva como lícitos, en tanto no exista una norma que lo prohíba específicamente.

Así, cualquier conducta que impida o limite el ejercicio de derechos sindicales ha de ser considerada antijurídica. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que dicha calificación se encuentre dentro de uno de los supuesto establecidos en el artículo 1971 del CC, el cual establece que son causas de exoneración de la responsabilidad: (i) el ejercicio regular de un derecho, toda vez que el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa ilícitamente, por lo cual ninguna responsabilidad le incumbe por los quebrantos que pueda causar; (ii) la legítima defensa, cuando existe un peligro de agresión y no haya manera de contar con la oportuna y adecuada intervención de los órganos estatales destinados a la defensa del ciudadano; y, finalmente, (iii) el estado de necesidad, es decir, el sacrificio de un bien jurídicamente inferior en favor de un bien jurídicamente superior, frente a un estado de peligro inminente.

Por ejemplo, una empresa principal en base a motivos técnicos económicos y financieros decide dejar de subcontratar con una tercera en ciertas localidades; a su vez ello genera pérdidas en la contratista, razón por la cual se ve obligada a despedir personal de la localidad y, como efecto dominó, impacta en las relaciones colectivas de la contratista. ¿Se estaría frente al ejercicio legítimo de un derecho? Aparentemente, existiría un ejercicio legítimo de un derecho y como consecuencia de ello, no se configuraría un acto antisindical.

Otro claro ejemplo se encuentra cuando en el marco de una huelga, los trabajadores realizan actos delictivos, como destruir maquinaria, *stock* o útiles de trabajo, incluso las publicaciones sindicales de contenido injurioso. De modo que la reacción defensiva será lícita cuando resulte eficaz para evitar el ataque antijurídico.

7.3. Factor de atribución: ¿la irrelevancia de la culpa del agente?

Se dice que este elemento contesta la pregunta: ¿a título de qué se es responsable? Vale decir, constituye «[...] el fundamento del deber de indemnizar» (Espinoza Espinoza, 2013, p. 183). Existen factores de atribución subjetivos, culpa y dolo, y objetivos, los cuales suponen realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera —si se quiere ser redundante— objetivamente o —si se quiere optar por una definición residual— prescindiendo del criterio de la culpa (Espinoza Espinoza, 2013, p. 183).

²⁴ Véase: sección 5 del presente artículo.

En materia laboral, el análisis del factor de atribución en la verificación de las conductas antisindicales se convierte en innecesario, ya que tal y como advierte Villavicencio Ríos (1999):

Hay que destacar que nos movemos en un terreno en el que lo que importa es proteger a la libertad sindical, con lo que no interesa si la intención del agresor fue afectarla o no, bastando con que los efectos de la acción hayan vulnerado la libertad sindical, con lo que se habla de una irrelevancia de la culpa del agente que lleva a que el examen del juez no deba detenerse una difícil indagación sobre los motivos que han inducido a realizar el comportamiento, sino que deba limitarse a verificar la existencia del comportamiento mismo y a evaluar su idoneidad para lesionar los bienes protegidos. (p. 173)

En ese sentido, la intencionalidad de la conducta antisindical en relación con la lesión de los derechos sindicales deviene irrelevante, por lo que, basta con una mera conexión entre la conducta presuntamente lesiva del derecho fundamental y el resultado negativo producido.

Esta conclusión parece lógica desde el plano laboral. Sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, ello llevaría a concluir que estas conductas encajarían dentro de un supuesto de responsabilidad objetiva.

Para la reparación de los daños patrimoniales, resulta muy pretencioso señalar que el dolo y la culpa no son nexos necesarios para imputar la lesión de los bienes jurídicos tutelados; de manera que sustentar que las conductas antisindicales generan responsabilidad objetiva al momento de verificar la comisión de las mismas generaría consecuencias económicas perniciosas y probablemente un mal uso dentro de las relaciones laborales.

7.4. Nexo causal.

Finalmente, respecto al nexo causal, este se define como la relación de causalidad que debe existir entre el hecho dañoso y el daño producido. No corresponde detenernos minuciosamente en este punto en tanto la aplicación de la normativa civil se realizará en los mismos términos en el ámbito laboral.

Así pues, nuestro CC adopta la teoría de la «causa adecuada», en la cual la causa del daño será aquella que, de todas las condiciones, es la más adecuada para que se produzca el daño, pues ha generado de manera objetiva el incremento de las posibilidades de que se produzca el daño, y las demás serán consideradas meras condiciones que favorecieron la producción de este.

Si bien la causa adecuada regula los supuestos de responsabilidad extracontractual en el artículo 1985 CC, de igual forma se desprende de una interpretación del artículo 1321 (Responsabilidad Contractual). Por ello se podría aplicar para el caso de incumplimiento de obligaciones también, lo cual comprende a las relaciones laborales.

8. Tipos de daños derivados de conductas antisindicales

Hechas ya las precisiones sobre los elementos de la responsabilidad civil, queda pendiente el análisis de los daños derivados de la comisión de un acto antisindical²⁵. En efecto, solo cuando

25 Se ha pretendido realizar dicho análisis en un apartado distinto dadas las particularidades frente a las cuales hay que enfrentarse en este punto.

se ha causado un daño se está en un supuesto de responsabilidad civil, el cual tendrá como efecto la obligación de indemnizar.

La doctrina civil establece que existen dos tipos de daños derivados de una conducta antijurídica: al primero se le denomina daño patrimonial u objetivo, el cual consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, los cuales pueden determinarse exactamente, y comprende al daño emergente (disminución de la esfera patrimonial del daño producto de la lesión verificada) y el lucro cesante (ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado).

Los otros tipos de daños se refieren a los daños extrapatrimoniales, esto es, las lesiones a los derechos que tengan dicha naturaleza. El daño no patrimonial lo sufren los sujetos de derecho, y comprende tanto el daño a la persona o subjetivo (lesión a los derechos personalísimos o no patrimoniales de la persona), y dentro de este al daño moral, el cual está relacionado a la afectividad: son los sentimientos de angustia, de dolor, de sufrimiento o de pena, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos.

En ese sentido, los tipos de daños derivados de las conductas antisindicales no solo responderán a los patrimoniales, entendidos estos como aquellos derivados de la lesión de naturaleza económica, sino también a los extrapatrimoniales, entendidos como daños que lesionan a la persona en sí misma. Se procederá a analizar cada una de estas tipologías.

8.1. Daño patrimonial.

Aquí se está frente a un daño que repercute en el patrimonio del sindicato o trabajador; pero que tiene su origen en la conducta que ha lesionado la libertad sindical.

Se ha mencionado precedentemente²⁶ que existen limitantes frente a las cuales no se podrá determinar fehacientemente un *quantum* reparatorio frente a las conductas antisindicales. Por el contrario, habrá situaciones en las cuales determinar los daños será una fórmula más sencilla.

Así por ejemplo, podemos imaginar los típicos casos de discriminación salarial por motivos sindicales; la privación de horas sindicales que trae como consecuencia realizar gestiones fuera de las horas de trabajo; el traslado que tiene causas antisindicales que genera daños patrimoniales del trasladado, llámese movilidad, vivienda, etc. (considerado como daño emergente); gastos de preparación para la negociación colectiva. En estos supuestos, la cuantificación de la indemnización no presentará mayores problemas, dado que la misma ascenderá al daño producido y probado.

8.2. Lucro cesante.

En cuanto al lucro cesante, se define a este daño como la pérdida actual de los beneficios que de manera ordinaria se habría obtenido. Así, el lucro cesante constituye un daño actual, que es resarcible, siempre y cuando la ocasión favorable esté funcionalmente vinculada a la cosa o al derecho lesionado. Este tipo de reparación siempre necesitará verse verificado, sobre todo, por su incidencia en los procesos de negociación colectiva, en los cuales existe una posibilidad cierta sobre la obtención de ciertos beneficios para el sindicato.

A fin de obtener el resarcimiento por lucro cesante es necesario probar la realización en concreto, al menos de algunos de los presupuestos para la obtención del resultado esperado e

26 Véase: sección 6 del presente artículo.

impedido por la conducta ilícita, de la cual el daño resarcible debe ser consecuencia inmediata y directa. En ese caso, hay una razonable probabilidad de conseguir el resultado útil esperado. Este concepto puede ser confundido con el concepto de la «pérdida de la *chance*», y se diferencia en que la pérdida de la *chance* indemniza la frustración de la probabilidad de obtener beneficios y no la pérdida de los beneficios mismos. De esta forma, los jueces en una pérdida de *chance* tendrían que rebajar el monto indemnizatorio respecto de las ganancias que se habrían obtenido (Osterling Parodi y Rebaza González, 2002).

A modo de ejemplo, se configuran estos casos en supuestos de pérdida de futuras ocasiones laborales, de progresos en la carrera laboral o profesional, obtención de beneficios económicos o condiciones de trabajo en procesos de negociación colectiva; mientras que dentro de los supuestos que encajarían como lucro cesante serían los parámetros de beneficios otorgados por empresas del mismo sector económico o la propia obtención de beneficios económicos que tengan un grado de certeza mayor.

8.3. Daño moral.

En cuanto al daño moral, habrá que hacer las distinciones entre la aplicación del mismo al sindicato y a los trabajadores. Frente al primero, resulta inaplicable la determinación de un daño moral. De hecho, la naturaleza del daño moral no se encuentra en esta persona jurídica. Sin duda alguna, no se puede afirmar que el sindicato tendrá una situación de dolor o sufrimiento, o, en un escenario más obvio, no es posible alegar un supuesto de sufrimientos morales (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) o dolores físicos y/o psíquicos.

Sin embargo, conviene resaltar que la jurisdicción española sí se ha pronunciado al respecto, al otorgar por daño moral la afectación de la imagen del sindicato y como obstáculo de la futura actuación sindical, expresando que la cuantía fijada se basa en criterios de razonabilidad, atendiendo al repudio social, la trasgresión del derecho fundamental violentado y al carácter ejemplarizante de la medida para evitar comportamientos futuros y salvaguardar el libre ejercicio de los derechos fundamentales como establece la reiterada jurisprudencia; cuantía de la sanción prevista para esa infracción en materia de relaciones laborales como falta muy grave en su grado máximo. De esta forma, el Tribunal Constitucional español expresó en la STC 247/2006 del 24 de julio lo siguiente:

La indemnización del daño moral, dada la función de tutela reparadora del derecho de libertad sindical, ha de interpretarse desde la perspectiva de la protección constitucionalmente establecida, por lo que la condena no puede limitarse a cumplir un objetivo meramente satisfactorio, pues la satisfacción del interés lesionado cubre otros objetivos, ya que, unida a la compensación, la tutela reparadora se propone la restitución de la confianza o credibilidad de la acción sindical y, a la vez, el objetivo profiláctico de conservación del estado de libertad sindical; además, mediante el pago de la indemnización se pretende también devolver al sindicato las armas y los instrumentos de tutela de sus derechos.

Aquí corresponde aclarar lo señalado por el doctor Espinoza²⁷, quien explica que: «[s]i bien es cierto que la persona jurídica (en estos casos) puede solicitar una indemnización por daño a la persona (artículo 1985 c.c.), al haberse lesionado sus derechos no patrimoniales,

27 Compárese con Espinoza Espinoza (2013, p. 193).

no podrá hacer lo mismo respecto del daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza no puede encontrarse en una situación de dolor o sufrimiento». No obstante, explica que existe cierta posición de la doctrina nacional que determina lo contrario (Salazar Gallegos, 2006, p. 308)²⁸.

Por su parte, respecto al daño moral a los trabajadores individualmente considerados, la situación será similar a las que se vienen desarrollando en los juzgados laborales respecto a los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo.

9. Conclusiones

A modo de breves conclusiones, se finaliza recalcando, primero, que frente a la insuficiente regulación de los mecanismos de protección de la libertad sindical en nuestro cuerpo normativo, resulta necesario realizar una interpretación extensiva de las normas civiles dentro de la disciplina laboral, particularmente en la reparación de los daños derivados de las conductas antisindicales.

Para ello, hay que tener claro el contenido del derecho a la libertad sindical. Para estos efectos, el soporte de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional nos sirve como una base para entender la estructura y alcances de protección de la libertad sindical (llámese ámbito individual o colectivo, aspecto orgánico y funcional, etc.). A partir de ello, con la legislación prevista en la LRCT, la LPCL, la Resolución Ministerial 284-2011-TR y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se puede entender la esfera de protección y los mecanismos de tutela de la libertad sindical.

En el plano procesal, el amparo laboral se constituyó como el principal protagonista al momento de proteger la libertad sindical. No obstante, frente a la incapacidad de este para reparar todos los daños que se generan, la indemnización por daños y perjuicios surgió como instrumento adecuado e intentó responder frente a las deficiencias de nuestro ordenamiento, siendo necesaria la aplicación supletoria de las normas civiles en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo.

Sin duda alguna, la protección de la libertad sindical es materia incesante de preocupación, razón por la cual debe dársele todas las herramientas necesarias para que esta pueda desarrollarse sin impedimento, limitación o lesión alguna, siendo que, si esta se ve afectada, la cláusula de Estado social de la Constitución peruana se verá diluida y condenará a los peruanos al perenne sufrimiento de la desigualdad social, uno de los principales problemas de nuestro contexto nacional actual.

28 Así también Rebaza Gonzales (2002), citado por Espinoza Espinoza (2013).

REFERENCIAS

- Arce Ortiz, E. (1999). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: ARA Editores.
- Arce Ortiz, E. (2012). La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador: Una asignatura pendiente en tiempos de reforma. *Derecho PUCP: revista de la Facultad de Derecho*, (68), 435-448. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Arce Ortiz, E. (2013a). *Derecho individual del trabajo* (2.ª ed.). Lima: Palestra.
- Arce Ortiz, E. (2013b). *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Camas Roda, F. (2013). La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo. En *XXIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre «La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales»*. Ponencia general llevada a cabo en el congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*.
- Congreso de la República. (1996, 21 de junio). *Ley Procesal del Trabajo* (Ley n.º 26636). Lima.
- Congreso de la República. (2004, 31 de mayo). *Código Procesal Constitucional* (Ley n.º 28237). Lima.
- Congreso de la República. (2010, 13 de enero). *Nueva Ley Procesal del Trabajo* (Ley n.º 29497). Lima.
- Corte Superior de Justicia de la República. (2008, 28 de junio). I Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral. Lima.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2012, 4 y 14 de mayo). I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Lima.
- Davidov, G. (2007). La idea —¿mudable?— de derecho laboral. *Revista Internacional del Trabajo*, 126(3-4), 351-361. Ginebra.
- De Buen Lozano, N. (1979). *Derecho del Trabajo* (Tomo I) (3.ª ed.). México.
- De Trazegnies Granda, F. (2005). *La responsabilidad extracontractual* (Vols. 1-2) (7.ª ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ermida Uriarte, O. (1987). *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: FCU.

- Ermida Uriarte, O. (2012). Crítica a la libertad sindical. *Derecho PUCP: revista de la Facultad de Derecho* (68), 33-61. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (1.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2013). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (7.ª ed.). Lima: Editorial Rodhas.
- Franzoni, M. (1993). Fatti Illeciti, Zanichelli. *Il Foro Italiano*. Bologna-Roma.
- Iglesias Merrone, L. (2010, julio-setiembre). Principales manifestaciones de la buena fe en la negociación colectiva. *Revista Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales, Tomo LII(239)*, 499-522.
- Lovatón Palacios, M. (1991). *Protección de la libertad sindical en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Mangarelli, C. (2008). El Derecho del Trabajo y su relación con el Derecho Civil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (7), 105-123. México.
- Mejía Madrid, R. (2006, diciembre). Transmisión de empresa y las relaciones laborales. *Foro Jurídico, Año 3(6)*. Lima.
- Mendoza Legoas, L. (2010). La protección jurisdiccional de la libertad sindical. Concepto y regulación en la nueva Ley Procesal del Trabajo. En *Retos del Derecho del Trabajo Peruano: IV Congreso Nacional de la SPDTSS*. Lima: SPDTSS.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2011, 23 de setiembre). Emiten normas complementarias a las disposiciones establecidas en el D.S. n.º 014-2001-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo (Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR). Lima.
- Montoya Melgar, A. (2013). *Derecho del Trabajo* (34.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: PUCP.
- OIT. (1948). *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación* (Convenio n.º 87).
- OIT. (1949). *Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva* (Convenio n.º 98).
- OIT. (1996). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (4.ª ed.) (revisada). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ONU. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París.
- ONU. (1976, 3 de enero). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Osterling Parodi, F. y Rebaza González, A. (2002, octubre). *Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad*. Lima. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>
- PCM. (2003, 30 de setiembre). *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo* (Decreto Supremo n.º 010-2003-TR). Lima.

- Rebaza Gonzales, A. (2002, julio). Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica. *Revista Jurídica del Perú, Año LII*(36). Trujillo.
- Roca, E. (2000). *Derecho de daños. Textos y materiales* (3.ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Russomano, M. (1995). *Princípios gerais de direito sindical* (2.ª ed.). Río de Janeiro.
- Sanguinetti Raymond, W. (1993). *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Madrid: MTSS.
- Salazar Gallegos, M. (2006). Criterios de cuantificación del daño a la persona jurídica. En J. Espinoza Espinoza (Ed.), *Responsabilidad Civil II, Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. Perú: Rodhas.
- Sepúlveda Gómez, M. (2004). *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*. Albacete: Bomarzo.
- Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la responsabilidad civil* (3.ª ed.). Lima: Grijley.
- Tribunal Constitucional de España. (2006). Sentencia del 24 de julio de 2006 (Sentencia n.º 247/2006).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia del 23 de julio de 2004 (Exp. n.º 1469-2002-AA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005a). Sentencia del 12 de agosto de 2005 (Exp. n.º 0008-2005-AI/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005b). Sentencia del 28 de noviembre de 2005 (Exp. n.º 0206-2005-AA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Sentencia del 15 de noviembre de 2007 (Exp. n.º 01417-2007-PA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia del 03 de julio de 2008 (Exp. n.º 01139-2007-PA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2011a). Sentencia del 08 de setiembre de 2011 (Exp. n.º 03204-2009-PA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2011b). Sentencia del 24 de octubre de 2011 (Exp. n.º 02974-2010-AA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2011c). Sentencia del 02 de noviembre de 2011 (Exp. n.º 02476-2010-PA/TC).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2015). Sentencia del 12 de mayo de 2015 (Exp. n.º 02383-2013-PA/TC).
- Toyama Miyagusuku, J. y Merzthal Shigyo, M. (2013). La libertad sindical en el Perú: una revisión a su desarrollo jurisprudencial. *Derecho & Sociedad* (40), 87-100. Lima.
- Valdeolivas García, Y. (1994). *Las conductas lesivas de la libertad sindical*. Madrid: Consejo Económico y Social (CES).

- Vázquez Vialard, A. (1988). *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea.
- Vílchez Garcés, L. (2015). Libertad sindical y prácticas antisindicales: nociones esenciales de un derecho complejo y la pluriofensividad de su afectación. *LABOREM* 16, 297-322. Lima: SPDTSS.
- Villavicencio Ríos, A. (1999). *La libertad sindical en el Perú*. Lima: OIT.

SECCIÓN V

ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN DERECHO

DISCURSOS CRIMINALIZADORES SOBRE LA OTREDAD INDÍGENA EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN ESCRITA DURANTE EL BAGUAZO (2009)

José Saldaña Cuba

Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional, PUCP

Julio Salazar Delgado

Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional, PUCP

Categoría profesores

En este artículo se analiza la participación del gobierno aprista en los diarios *El Comercio* y *La República* durante el paro amazónico conocido como Baguazo (2009). A partir de las declaraciones públicas de los actores, se intenta reconstruir la forma en que caracterizan el conflicto y descalifican a los pueblos indígenas como sujetos irracionales a través de lo que denominamos discursos criminalizadores. Entre las tesis de la manipulación y de la conspiración extranjera o terrorista, se devela una continuidad histórica del proceso de colonización por parte de un Estado obstinado en promover la actividad de las industrias extractivas más allá de todo cuestionamiento. Se realiza una aproximación cuantitativa de la participación de los actores, de sus valoraciones sobre el conflicto y del contenido de sus demandas en un periodo de treinta días alrededor del 5 de junio del 2009; así como un estudio cualitativo a través del análisis crítico del discurso (ACD), que se apoya en los estudios previos sobre el paro y en entrevistas a líderes indígenas realizadas durante el 2016 en el departamento de Amazonas.

I. Introducción

El paro amazónico conocido como Baguazo es recordado a nivel nacional por los trágicos sucesos del 5 de junio del 2009. La herida por las muertes de nativos y policías permanece abierta, subsisten varios procesos judiciales para determinar las responsabilidades penales y los daños causados no han sido reparados. La deuda histórica del Estado con los pueblos indígenas del Perú no solo se encuentra lejos de ser saldada, sino que parece agravarse pues, en tiempos recientes, la presión de empresas extractivas sobre sus territorios se viene intensificando.

Como parte de una investigación más extensa sobre criminalización de la protesta en el Perú, nuestra propuesta consiste en identificar y analizar críticamente discursos criminalizadores producidos por los actores del Gobierno en contra de los pueblos indígenas, en torno

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/jose-saldana-cuba>

al conflicto del Baguazo. Se entiende por discursos criminalizadores aquellos que permiten nombrar y tratar a participantes de protestas sociales como delincuentes y, de ese modo, justificar la aplicación de políticas represivas y el uso de la violencia. Durante los periodos álgidos de los conflictos sociales, los actores en disputa producen expresiones discursivas entre las que se encuentran la estigmatización política e ideológica de determinados movimientos o grupos sociales.

En primer lugar, se presenta un estado de la cuestión y se explica la metodología a aplicar. Luego, se explican los principales conceptos a ser utilizados: otredad indígena, extractivismo y discursos criminalizadores. También se presentan los antecedentes y hechos del conflicto con apoyo de diversas fuentes escritas y entrevistas a profundidad a líderes indígenas realizadas en el año 2016. Finalmente, se lleva a cabo una aproximación cuantitativa a la participación mediática del gobierno aprista durante el conflicto y se realiza el análisis crítico del discurso (ACD) a partir de la teoría elaborada.

Dentro del marco de la vasta producción académica existente sobre el Baguazo y la construcción de la otredad indígena, en este artículo se problematiza el carácter criminalizador de los discursos pronunciados por agentes estatales, expresados a través de medios de prensa escrita. Además, se busca ofrecer nuevas ideas para una comprensión más amplia de su carácter autoritario. Por otro lado, los años transcurridos desde el conflicto, la permanencia de este pensamiento descalificador de los movimientos sociales —especialmente de pueblos indígenas—, y su progresiva instalación en la opinión pública, mantienen vigente la necesidad académica de caracterizarlo y contribuir a su erradicación.

2. Los estudios sobre el Baguazo desde distintas disciplinas

El paro amazónico ha sido examinado desde numerosas perspectivas. Las más inmediatas fueron los cuatro informes del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, así como el informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) (2009), destinados a investigar los sucesos del 5 de junio y, sobre todo, las muertes de policías y nativos. Desde sus perspectivas académicas, Omar Cavero describió las diferencias entre los informes y debates políticos oficiales (2011) y Juan Carlos Ruiz Molleda realizó un informe jurídico sobre los sucesos a partir de los procesos judiciales (2014). Otras lecturas del problema apelaron a marcos socioeconómicos mayores, como los trabajos de Jorge Luis Duárez Mendoza (2012) y Roger Merino Acuña (2014). Asimismo, estudios como los de Silvia Romio (2010 y 2013) y Anahí Durand Guevara (2015) se enfocaron en el movimiento político indígena, más que en los hechos o discursos del conflicto. Finalmente, otras investigaciones, como las de Alexandre Surrallés (2011), Óscar Espinosa de Rivero (2009a, 2009b), Rodrigo Montoya Rojas (2009), Héctor Alimonda, Raphael Hoetmer y Diego Saavedra Celestino (2009) y Roberto Guevara Aranda (2013) dieron cuenta del contexto amazónico, los antecedentes, el peso histórico del paro y —las de Espinosa de Rivero, en particular— las formas hegemónicas de estigmatización de los pueblos indígenas amazónicos, ejercidas por la sociedad mayor¹.

Sobre la base de dichos trabajos, este ensayo se inscribe en la perspectiva del ACD. Es, además, en particular, tributario de los trabajos de Franklin Guzmán Zamora (2015) y Carolina Arrunátegui Matos (2010a y 2010b), quienes utilizan esta perspectiva para analizar los discursos

¹ En uno de los artículos de Espinosa de Rivero (2009b) se analizan las opiniones expresadas por ciudadanos peruanos en redes sociales digitales durante la agudización del conflicto, así como el impacto de la propaganda televisiva del Gobierno durante los días siguientes al 5 de junio.

estigmatizantes ejercidos contra indígenas amazónicos por determinados medios de prensa escrita. La particularidad de estos trabajos es su enfoque semiótico, el cual centra el análisis en los discursos hechos texto, ejercidos por los medios de comunicación más que por los actores del conflicto (Gobierno, sociedad civil, empresa extractiva, etc.), y que, por lo tanto, permite explorar el significado de la construcción simbólica del *otro* indígena en términos de retórica, historia e intencionalidad.

3. El ACD como herramienta metodológica

Desde la perspectiva del ACD, el discurso es siempre tridimensional: es texto (posee propiedades lingüísticas), práctica discursiva (actividad contextualizada) y práctica social (intervención en la realidad) (Arrunátegui Matos, 2010a, p. 436). Cualquier análisis del discurso debe centrarse en las estructuras formales que expresan las dimensiones ideológicas del mismo, tales como el tópico central, la coherencia, el léxico, el estilo gramatical, entre otras, a través de las cuales se reproduce lo que Teun Adrianus Van Dijk denomina «cuadrado ideológico» (Arrunátegui Matos, 2010a, p. 438, siguiendo a Van Dijk 1999, p. 333), incisión constitutiva de todo discurso a partir de la cual se atribuyen «[...] propiedades semánticamente opuestas a nosotros y a ellos [énfasis de la autora]» (Lajtman, 2017, p. 8), con la tendencia a ejercer una polarización de las características negativas del *otro* y las positivas del *nosotros*. Matías Artese (2013) propone algo similar al examinar, por un lado, la caracterización de un *nosotros* frente a los *otros* a través de valoraciones, evaluaciones y calificaciones de los sujetos y de sus formas de intervención en el conflicto, y por otro lado, los reclamos a través de denuncias y exigencias entre las distintas partes en confrontación.

Desde esta perspectiva, el objetivo de la presente investigación es interpretar las declaraciones del gobierno aprista aparecidas en los diarios de circulación nacional *La República* y *El Comercio* durante el Baguazo. Se han seleccionado estos diarios porque pertenecen a dos de los principales grupos corporativos de prensa escrita del país (Grupo La República y Grupo El Comercio, respectivamente), de los cuales son sus más importantes representantes en términos de antigüedad, grado de difusión y diversidad de contenidos. Mientras que *El Comercio* es un «espacio privilegiado» de circulación del «discurso extractivista [énfasis de la autora]» (Lajtman, 2017, p. 8) que se encuentra asociado en su trayectoria histórica «[...] al poder político peruano y a la oficialidad» (Arrunátegui Matos, 2010a, p. 433, siguiendo a García, 2010), el diario *La República* es su principal competidor en la prensa impresa², si bien se volvió una competencia desigual luego de que el Grupo El Comercio comprara Epena y se hiciera con el oligopolio de los medios de prensa escrita a nivel nacional.

Si bien existen diferencias en la manera en que estos diarios informaron sobre el conflicto, el objeto de estudio de la presente investigación se centra en las declaraciones de los actores en noticias y entrevistas³: en particular, de los representantes del Gobierno u oficialismo⁴. En el año 2009, el oficialismo se encontraba integrado por los congresistas del APRA, los

2 Fuente: <http://peru.mom-rsf.org/es/hallazgos/concentracion/#c4202>

3 Por ende, se ha excluido del análisis otros tipos de objetos periodísticos como las editoriales y las columnas de opinión.

4 Sin embargo, no podemos perder de vista que la construcción de las noticias involucra la selectividad con la que se exponen las citas textuales de los protagonistas o partícipes del conflicto en general. Como señala Arrunátegui Matos (2010a), estas, en tanto discurso, involucran «[...] la selección y la jerarquización de la información y, también, la elección de un modo [énfasis del autor] de presentación de esta. [...] A estas prácticas o rutinas de elaboración subyacen creencias, intereses e ideologías que determinan qué información se selecciona y cuál no, y, principalmente, el modo en que esta es presentada en el discurso» (p. 437).

miembros del Poder Ejecutivo —el expresidente Alan García y sus ministros— y las fuerzas del orden que respondían a sus órdenes. Concretamente, es de nuestro interés mostrar cómo en estas declaraciones se expresaron determinadas concepciones sobre los indígenas que participaron de las protestas al calificarlos como manipulables, peligrosos, salvajes y criminales. Para ello, siguiendo la propuesta de Tamara Lajtman (2017), en el presente estudio se analizaron las «[...] estrategias discursivas de descalificación de los protestantes que se reiteran por medio de marcas lingüísticas» (p. 7).

Asimismo, el concepto central de nuestro análisis son los discursos criminalizadores. La operacionalización de este concepto fue realizada a través de cuatro categorías analíticas, a partir de las cuales se examinó la criminalización discursiva presente en las declaraciones del oficialismo: (a) los sujetos hablantes (individuos ejercen la criminalización a través de sus declaraciones), (b) los pilares del discurso (principales entes defendidos a partir de los cuales se realiza un *locus* de legitimidad que justifica la represión), (c) las caracterizaciones en contraste del *nosotros/ellos* (adjetivaciones, asociaciones, equivalencias, oposiciones binarias que permiten establecer una separación entre el *nosotros* defendido y el *ellos* criminalizado) y (d) la intensificación de la criminalización (línea temporal básica: antes y después del 5 de junio, fecha del Baguazo).



Figura 1. Matriz analítica. Elaboración propia.

El análisis del discurso oficialista es complementado con una aproximación cuantitativa y una síntesis histórica del mediano (antecedentes) y corto plazo (los principales sucesos del conflicto), lo cual permite ubicar el discurso en su contexto histórico. La idea es que el análisis de la producción discursiva no deje de lado elementos como estructura y proceso (Artese, 2006, p. 5). Por ello, el análisis realizado toma las interpretaciones que los actores hacen en cada momento del conflicto, pero las ubica dentro de la estructura de dominio y discriminación que ha caracterizado las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

Se examinaron un total de 341 unidades de información (132 de *El Comercio* y 209 de *La República*), entre noticias y entrevistas. En cuanto al periodo de estudio, se utilizaron las ediciones periodísticas de 30 días alrededor del 5 de junio, día en el cual el conflicto alcanzó su pico de agudización al desatarse un enfrentamiento sangriento entre manifestantes y policías, lo que dejó como saldo 34 hombres muertos, además de cientos de heridos graves. Este criterio temporal nos permite examinar los momentos de escalamiento y desescalamiento del conflicto (Macassi Lavander, 2013).

4. El otro indígena, el extractivismo y los discursos criminalizadores

Cuando analiza la construcción mediática del *otro* indígena en las noticias de dos diarios peruanos, Arrunátegui Matos pone énfasis en el carácter colonial del discurso racista presente en la prensa escrita, el cual se expresa a través de una representación ambivalente y contradictoria: el indígena es salvaje, manipulable, irracional e ignorante, pero a su vez bienintencionado (2010a, p. 435). Si bien esta representación ha evolucionado en su terminología y en el marco ideológico que le da sentido, sigue siendo parte de un discurso colonial en tanto continúa signando una lógica avasallante y una racionalidad desvinculada de la realidad y la cultura indígenas (Espinosa de Rivero, 2009b), la cual sirve como justificación para mantener a los pueblos indígenas en una situación de subordinación:

Lo indígena campesino como identidad aparece en algunos casos subordinado dentro de la propia lógica del discurso neoliberal, pues este ha apelado a una representación en donde lo indígena pueda quedar en un segundo lugar ante la demanda de un mercado global por individuos competitivos. A la identidad indígena campesina le quedaría elegir entre asumir el «reto de modernizarse» o aceptar ser un objeto de exhibición del circuito turístico nacional. (Duárez Mendoza, 2012, p. 182)

Como señala Espinosa de Rivero (2009b), para el gobierno aprista «[...] los indígenas son incapaces de pensar por sí mismos y de expresar sus propias ideas: son tan solo títeres manipulados por otros», una idea que proyecta «[...] la imagen de un indígena ignorante, resistente al cambio y al progreso, que quiere tercamente mantenerse en su ignorancia [...] una ignorancia que lleva a los indígenas a cometer crímenes y actos violentos» (p. 139).

Por su parte, Duárez Mendoza ubica este discurso articulado a la lógica del modelo extractivista, a través de la cual «[...] según el discurso neoliberal los conflictos socioambientales son generados por los antisistema [énfasis del autor], es decir, el otro-enemigo, aquel que se opone a la actividad minera, aquel que frena el desarrollo del país [énfasis del autor]» (Duárez Mendoza, 2012, p. 179). En ese sentido, el carácter colonial del discurso que simboliza al indígena como una suerte de enemigo interno domesticable se materializa como justificación ideológica de las políticas extractivistas. Es importante hacer hincapié sobre este punto porque el conflicto amazónico se enmarca en la conflictividad derivada del intento de expansión de las industrias extractivas a través de una reforma legislativa, ante la cual la movilización indígena amazónica ejerció resistencia (Merino Acuña, 2014, pp. 86-87).

El extractivismo es un modelo de economía política que organiza la macropolítica estatal sobre la base de la extracción masiva y ecológicamente insostenible de recursos a través de patrones coloniales de dominación, despojo y acaparamiento, en desmedro de poblaciones vulnerables (Merino Acuña, 2014; Durand Guevara, 2015; Duárez Mendoza, 2012; Villegas, 2014).

En el Perú, el extractivismo constituye la base del modelo de desarrollo neoliberal dominante, y su racionalidad «[...] se basa en la premisa de que Perú tiene que seguir siendo un lugar atractivo para el capital como condición prioritaria sobre cualquier preocupación ambiental o social» (Damonte, 2014, p. 46). Este modelo se mantiene vigente «[...] a pesar de generar una fuerte conflictividad social y la reproducción de desigualdades sociales» (Damonte, 2014, p. 38). Como señala Durand Guevara (2015):

Los enfrentamientos en Bagua pusieron en evidencia dos temas relevantes del momento político que vive Perú entrando al siglo XXI. En primer lugar, la profundización del modelo neoliberal basado en la reprimarización de la economía que ha supuesto a la vez una frenética carrera de concesiones y licitaciones para extraer petróleo o minerales del subsuelo. En términos de Harvey asistimos a una etapa de expansión capitalista de «acumulación por desposesión» que agudiza la confrontación de intereses respecto a los recursos, el medio ambiente y el territorio, contraponiéndose los intereses de los grupos económicos con las formas de vida de los pueblos asentados en las zonas de extracción. (pp. 103-104)

En todo el mundo —y en América Latina en particular— la expansión del extractivismo no es privativa de los gobiernos de derecha, sino que es el marco político económico que signa la gobernabilidad de toda la región, sean gobiernos «neoliberales» o «progresistas» (Villegas, 2014, p. 10). Su expansión se ha dado con la complicidad activa de las élites locales (Machado Aráoz, 2012, p. 53), donde «[...] a pesar de los beneficios macroeconómicos de la explotación y exportación de materia prima, en las comunidades donde se inserta este modelo se han mantenido o elevado los niveles de pobreza y la degradación del medio ambiente ha aumentado, provocando el desarraigo de los pueblos indígenas de sus territorios» (Guzmán Zamora, 2015, p. 3, siguiendo a Durand Guevara, 2011, p. 117).

Este acaparamiento por despojo es uno de los elementos estructurantes del accionar de la industria extractiva, y tiene como política represiva la criminalización de los movimientos sociales que le hacen frente (Villegas, 2014, p. 10). Los conflictos socioambientales que estos movimientos de resistencia integran «[...] son el síntoma de algo más complejo que el cuestionamiento a la gobernabilidad democrática, pues apuntan a la imposibilidad de que el orden neoliberal se realice plenamente [...] [son] fenómenos que manifiestan el carácter antagonista del discurso neoliberal, evidenciando sus límites [énfasis del autor] [...]» (Duárez Mendoza, 2012, p. 179). En pocas palabras, la criminalización de la disidencia extractivista es una de las políticas represivas a través de las cuales se ejerce la expansión de este modelo.

En el marco del conflicto amazónico, la criminalización de la protesta es una política multidimensional de despliegue de acciones y discursos direccionados a desaparecer o deslegitimar la oposición al modelo extractivista —en este caso específico, el cuestionamiento a los decretos legislativos (DL) proextractivistas— que nombran y tratan a los sujetos que la ejercen como criminales, la cual es principalmente ejercida por el Estado, las empresas extractivas y los medios de comunicación [Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2015; Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2016; International Network of Civil Liberties Organizations (INCLO), 2013].

En particular, los discursos criminalizadores —es decir, el ejercicio de nombrar y caracterizar a ciertos sujetos o grupos como criminales— están dirigidos a deslegitimar la posición de quienes cuestionan o se oponen a los proyectos extractivos y a justificar la represión y la

persecución penal ejercida contra estos, al asociarlos con la criminalidad y la peligrosidad. La construcción de un discurso criminalizador es importante pues constituye la racionalidad que puede convertir en socialmente legítima la violencia estatal ejercida en contra de quienes protestan, lo cual se ve posibilitado a través del establecimiento y la reproducción de un *sentido común* extractivista, es decir, la «naturalización» del modelo (Damonte, 2014, p. 46), «[...] una manera de ver el mundo en que el extractivismo aparece como la única salida para el desarrollo del país» (Lajtman, 2017, p. 7). Como señala Damonte (2014):

[...] en el contexto del régimen neoliberal en Perú, se ha producido y establecido un poderoso discurso de desarrollo economicista con base extractiva que ha sido incorporado no solo por las élites, sino también por sectores emergentes, principalmente urbanos. A partir de este discurso, el grupo dominante ha buscado —con bastante éxito— naturalizar las desigualdades y limitar el impacto del descontento y las protestas socioambientales que se han multiplicado en el país. (p. 38)

Cuando el significante «desarrollo» es reducido en su significado al modelo extractivista y excluye de esta forma a cualquier otro modo de vida y organización de la sociedad, cualquier accionar que se presente como crítico u opuesto al mismo es signado como peligroso y surge la necesidad de controlarlo, cooptarlo o eliminarlo. Como señala Hoetmer (2013): «[...] estas políticas de seguridad buscan obstruir la constitución de sujetos (políticos) desde los conflictos a través de la cooptación (si fuera posible) o destrucción (si fuera necesaria) de las organizaciones sociales» (p. 271).

En este ejercicio de poder, se establece una complicidad entre las fuerzas de seguridad, las empresas extractivas y la prensa (Lajtman, 2017, p. 7). Los medios de comunicación tienen un papel importante, al promover dichos discursos como si fueran «verdades monolíticas» (Lajtman, 2017, p. 9, siguiendo a Silva Santisteban, 2016, p. 89), de manera tal que «[...] la recurrencia del conflicto y sus episodios de violencia son utilizados por los medios de comunicación, en su gran mayoría alineados con el modelo, para estigmatizar la protesta y oscurecer sus causas» (Damonte 2014, p. 52). La criminalización se produce tanto en el plano más material (represión y violencia) como en el plano simbólico o de representación (discursos estigmatizantes), en un proceso de reforzamiento mutuo. En escenarios de represión la opinión pública es fuente de legitimidad, aunque pueda ser parcial, esporádica y variable dependiendo de cada caso particular.

Los discursos criminalizantes utilizan una terminología que contiene elementos ideológicos condicionados históricamente, y apelan a dimensiones morales y políticas para dotar de sentido al conflicto (Artese, 2006, p. 3). Así, los discursos criminalizadores están dirigidos a activar determinados marcos de conocimiento preexistentes con el objeto de descalificar a grupos sociales como sujetos dignos de ser escuchados:

Emitir palabras como «subversión», «delincuentes», «activistas de izquierda» o «infiltrados», en un momento de enfrentamiento social, surte un efecto específico sobre la caracterización de los autores que participan de esos enfrentamientos. Se apela a conceptos sobreentendidos, en los que se evoca una historia colectiva reciente. Estas palabras insertas en una serie de declaraciones en donde se reclama orden o se estigmatiza a quienes protestan, consigue —o pretende conseguir quien las emite— una fuerza descalificatoria particular. (Artese, 2006, p. 12)

Por último, es importante mencionar la caracterización que realiza Damonte sobre los tres argumentos principales del discurso extractivista, la cual es central para el ACD realizado en la presente investigación: (1) la supremacía del individualismo y de lo privado como motor de desarrollo, en menoscabo de lo colectivo y lo público; (2) la equivalencia <desarrollo-crecimiento económico-desarrollo extractivo>, a partir de la cual «[...] el aprovechamiento de la riqueza minera se ve como un mandato»; (3) «[...] la descalificación de lo político como interesado y subjetivo, frente a lo técnico o tecnocrático que se asocia al conocimiento objetivo e imparcial» (Damonte, 2014, pp. 43-44). Según este autor, el vínculo entre estos tres argumentos permite una serie de asociaciones que sientan las bases para la exclusión de quienes cuestionan el extractivismo a través de medidas de protesta: «[...] el discurso se presenta como un dogma donde la disidencia o el pensamiento alternativo son poco tolerados o rápidamente descalificados» (Damonte, 2014, p. 63). En definitiva, esta retórica se encuentra sobre la base ideológica de la criminalización de la «disidencia extractivista»:

Los argumentos y protestas de grupos o movimientos sociales críticos a la minería son descalificados como políticos, mientras sus defensores son estigmatizados como antimineros (es decir, antitécnicos o antidesarrollistas). En este discurso, los intereses mineros, sostenidos por el conocimiento técnico y el eficiente manejo privado, se asocian a los intereses del país, mientras que las críticas a la extracción se asumen como discursos interesados de grupos políticos radicales o anacrónicos que intentan manipular la voluntad de las poblaciones campesinas. (Damonte, 2014, p. 45).

5. Antecedentes históricos y agudización del conflicto amazónico durante el Baguazo

La relación entre el Estado peruano y los pueblos indígenas amazónicos (PPIIAA) es una historia de marginación y colonización. El conflicto amazónico del Baguazo se inscribe en este marco aunque, en su causalidad inmediata, surge con la reforma del gobierno aprista destinada a adaptar el marco legal peruano al Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, a través de DL promulgados en el 2008 (Merino Acuña, 2014, p. 88). Según María del Carmen Gómez y Jesús Manacés (2010, p. 17), como parte de esta reforma el Poder Ejecutivo expidió 99 DL sobre distintos temas, algunos de los cuales fueron cuestionados por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP⁵) y progresivamente modificados y derogados a lo largo del desarrollo del paro, como consecuencia de las medidas de fuerza y los espacios de diálogo generados por los nativos en protesta: «(AIDSESP) analizó un total de 34 decretos donde sus intereses se veían afectados y precisó los más urgentes y de mayor incidencia para la seguridad jurídica de sus tierras» (Gómez y Manacés, 2010, p. 18). Los decretos cuestionados vulneraban por su contenido el régimen legal de seguridad territorial de los PPIIAA, el cual ya había sido deteriorado por la Constitución de 1993, al haber eliminado las garantías de inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras comunales y al haber derogado protecciones ambientales.

En el contexto del paro amazónico, una de las formas en las que esta reforma fue justificada en el plano mediático fue el discurso del «Perro del hortelano» del entonces presidente Alan García, expuesto en tres artículos publicados en el diario *Expreso* entre octubre del 2007

5 AIDSESP es una de las principales organizaciones indígena-amazónicas a nivel nacional. Fue la principal organización formal en promover y liderar la movilización indígena durante el conflicto amazónico.

y marzo del 2008, los cuales defendían la expansión de las empresas extractivas en la Amazonía en virtud de aprovechar sus recursos «no explotados» (Merino Acuña, 2014, p. 88, siguiendo a Bebbington y Humphreys, 2011). Este discurso es fruto de la visión colonizadora del Estado peruano sobre la Amazonía, según la cual la concibe como «[...] un gran territorio desaprovechado y mal utilizado por sus habitantes originales» (Espinosa de Rivero, 2009a, p. 17).

Estos hechos «[...] fueron determinantes para la adopción de la decisión de las organizaciones indígenas de exigir una modificación definitiva en las relaciones Estado-pueblos indígenas sometiéndolas al mandato del Convenio 169-OIT y, por lo tanto constitucional, de la consulta y el consentimiento previo como modelo permanente de actuación de cara al futuro» (Gómez y Manacés, 2010, p. 18).

Asimismo, uno de los antecedentes fundamentales del conflicto amazónico es el deliberado incumplimiento estatal del compromiso contraído con las comunidades awajún habitantes de un amplio territorio en torno al área natural del Cenepa y la Cordillera del Cóndor (zona de frontera con el Ecuador) llamado Parque Ichigkat Muja [Organización de Desarrollo de las Comunidades Fronterizas del Cenepa (ODECOFROC), 2009; Merino Acuña, 2014, p. 88]. En efecto, en años recientes el autoritarismo estatal ejercido contra los PPIAA ha implicado la violación de acuerdos explícitos en documentos formales, y el conflicto amazónico constituye la continuidad de dicho ejercicio de poder. Dicha experiencia es reconocida por el dirigente nativo Santiago Manuin, quien respecto al acta de «no agresión» firmada entre los manifestantes en Curva del Diablo y la Policía Nacional del Perú (PNP) días previos al 5 de abril, señala lo siguiente: «[...] nosotros hemos firmado en vano [...] ¿Por qué no han respetado ese acuerdo del acta? Estos les dan mucha importancia al papel y cuando les interesa el papel no sirve de nada [énfasis añadido]. Entonces ese acuerdo que se ha hecho no sirve» (Santiago Manuin⁶, entrevista, 16 de mayo del 2016).

Con estos antecedentes en perspectiva, resulta evidente que en el conflicto amazónico las protestas indígenas no emergieron del prejuicio o la ignorancia, sino de la experiencia histórica y actual sobre las políticas estatales que favorecen a las industrias extractivas en perjuicio de las poblaciones locales, donde «[...] la población mayoritaria permanece al margen de las oportunidades, mantiene o empeora su situación económica y, en particular, tiende a perder tierra y/o el acceso a fuentes de agua» (Damonte, 2014, p. 55). En particular, la demanda de derogatoria de los DL ya mencionados respondía al hecho de que estos «[...] favorecían la explotación de yacimientos de petróleo y otros minerales en la selva amazónica» (Lajtman, 2017, p. 4) de manera ilegal, al transgredir el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (De la Cadena, 2015).

5.1. La organización de las protestas indígenas y el escalamiento del conflicto.

En toda la Amazonía hubo un primer levantamiento general en contra de la reforma, integrado por distintos pueblos indígenas y también por población no indígena. Ante la negativa estatal de derogar todos los DL cuestionados, el 9 de abril del 2009 se reactivó la movilización indígena en distintas partes de la Amazonía, en lo que constituyó el segundo paro amazónico nacional.

6 Reconocido dirigente awajún de larga trayectoria en la región. En ocasión del paro, lideró el Comité de Lucha, compuesto por comunidades nativas de los distritos Nieva y Santiago. Ha recibido diferentes premios internacionales: en el año 1994 recibió el Premio Reina Sofía por su trabajo en defensa de la Amazonía y los derechos humanos, y en el año 2014 fue galardonado con el Premio Nacional de Derechos Humanos, por toda una vida de servicio a favor de los pueblos amazónicos y la protección de la Amazonía.

Pese al cuestionamiento interno que enfrentaba la dirigencia de AIDSESP con muchas de sus bases comunales, se llevó a cabo una articulación gradual de comunidades⁷ incluso a pesar de las diferencias y la conflictividad internas entre muchas comunidades, líderes y autoridades respecto a la eficacia potencial de la movilización⁸ (Gómez y Manacés, 2010, pp. 35-48; Barclay Rey de Castro, 2014).

El paro amazónico, que fue sumando adeptos activos en la medida que el Estado no respondía a sus demandas, se caracterizó por protestas pacíficas⁹ basadas en intermitentes tomas y bloqueos¹⁰ de estaciones petrolíferas, carreteras, aeródromos y rutas fluviales de notable importancia para la circulación de gentes y mercancías, ubicadas dentro del territorio ancestral indígena (que a su vez llegan a distintas zonas urbanas de la amplia selva amazónica), con el objetivo de llamar la atención del Gobierno central sobre sus demandas¹¹.

Ante esta protesta pacífica y gradualmente articulada, la respuesta del Gobierno central se materializó en formas más concretas de autoritarismo: el despliegue de las fuerzas del orden, amparada en la declaración del Estado de emergencia en 8 distritos de Amazonas, Loreto, Cuzco y Ucayali, el 9 mayo del 2009¹², pese a la tregua nativa de 48 horas (cese momentáneo de medidas de protesta) otorgada al Gobierno ese mismo día. Esta declaratoria generaría el marco legal para la represión de los manifestantes, la cual se basó en la intimidación —como, por ejemplo, de los grandes navíos de la Marina de Guerra contra las pequeñas embarcaciones nativas— y la confrontación física con heridos y detenidos —como, por ejemplo, durante el desalojo del puente Corral Quemado que había sido tomado por nativos, por parte de más efectivos de la Dirección Nacional de Operaciones Especiales (DINOES), policía de élite peruana, que dejó a 3 heridos y 3 dirigentes detenidos—. Este fue la represión física que caracterizó el accionar del Gobierno central antes de los trágicos sucesos del 5 de junio.

7 Si bien la resistencia fue principalmente indígena, otros actores se fueron sumando en términos de solidaridad y apoyo de diversas maneras: rondas campesinas y mestizos urbanos y rurales, que participaron del paro amazónico no solo como protestantes sino también apoyando con alimentos para la gran masa de nativos que se movilizaba en diferentes lugares. A pesar de que no fue absoluto, el gran apoyo de un sector urbano amazónico a la resistencia indígena permite complejizar la idea de que el bloqueo de las carreteras y del comercio signen necesariamente un antagonismo de intereses entre la selva nativa y la selva mestiza en el marco del conflicto.

8 En realidad, la necesidad de resistir ante la política extractivista que promovía el Gobierno (y que, como demostraría una vez más la historia, estaría dispuesto a defender hasta sus consecuencias más letales y sangrientas) era un hecho incuestionable para todos los PPIIAA. Las diferencias entre ellos se ubicaban en los medios más efectivos para lograr la derogatoria.

9 Sin duda estas medidas de fuerza violentan el orden establecido de la producción y el comercio de mercancías, así como la circulación ciudadana; sin embargo, si bien a nuestro parecer están justificadas en la ponderación de derechos vulnerados en el conflicto, estas medidas solo devinieron en violencia física (heridos y posteriormente muertos) a partir de la represiva y desmedida intervención de las fuerzas estatales del orden.

Por otro lado, también es importante mencionar que la conjunción organizativa de la movilización indígena muchas veces involucró el castigo público del *ishangueo* (azote público con una ortiga urticante no letal, cuyo daño objetivo es la humillación) a dirigentes y líderes locales opuestos a o inactivos en las medidas de protesta ejercidas activamente por una cada vez más amplia mayoría nativa, como práctica de justicia local nativa institucionalizada.

10 Si bien hubo momentos en los que, como medida de fuerza, se alargó el número de días de cada bloqueo, el carácter intermitente de los mismos permitió no desabastecer a las ciudades de las mercancías que regularmente circulan: muchos productos de primera necesidad.

11 Algunos ejemplos son los ríos Napo y Curaray en Loreto, el puente Corral Quemado en Jaén, las Estaciones 5 y 6 Petroperú en Bagua —en más de una ocasión—, el Lote petrolero n.º 64 en Loreto, la carretera Fernando Belaúnde en distintos tramos, etc.

12 Diario *La República*, versión impresa del 10 de mayo del 2009.

La confrontación se mostró como el mecanismo más efectivo para llegar a dialogar con el Estado (Duárez Mendoza, 2012, p. 184). La voluntad nativa de diálogo a través de vías institucionales se agotó frente a la indiferencia y el desprecio oficialista. Se intuía la inminencia de un desalojo por la fuerza con policías y militares, lo que generó entre muchos nativos manifestantes la conciencia de un devenir potencialmente violento, signado por ellos como la última medida de fuerza destinada a hacer valer la defensa de su territorio incluso con su propia vida:

«A ver, ¿qué hacemos? ¿Nos vamos o no?». Algunos dicen: «No, vamos a aparecerlo como cobardes. Cobardes porque nos hemos escapado de la policía, nos botaron, míralo a esos indígenas que han ido muy valientes y ahora se están regresando como perros entre rabos. Si tenemos que morir, tenemos que morir. Si nos matan, nos mataron. La tierra cuesta [...] y si matamos, matamos... y nos vamos. Y decimos "yo he respondido"» [...] Estaba claro que hay que defender. [...] Este Gobierno no quiere dialogar; entonces nos van a matar; obligado nos van a matar a nosotros, y van a decir «estos por su testarudez... o sea testarudos han muerto» [...] Nosotros no aceptamos eso. No han derogado los decretos: también hay que llevarles su parte. No solamente nosotros morimos. [...] Así con orgullo vamos a llorar. La tierra se paga con sangre. (Santiago Manuin, entrevista)

5.2. Desenlace sangriento del 5 de junio: el Baguazo.

Luego de 55 días de protestas, el conflicto encontraría su pico de agudización más alto con los sangrientos eventos del 5 de junio, cuando el Poder Ejecutivo decidió de manera unilateral desalojar a los protestantes por la fuerza (Gómez y Manacés, 2010, p. 61; Duárez Mendoza, 2012, p. 180; Durand Guevara, 2015, p. 103).

En el denominado Baguazo del 5 de junio, ocurrieron principalmente 3 eventos sangrientos. En primer lugar, un fallido intento de desalojo policial¹³ donde cerca de 500 policías se enfrentaron a aproximadamente 2000 nativos en las primeras horas de la mañana en el tramo de la carretera Fernando Belaunde Terry (Bagua, Amazonas) conocido como Curva del Diablo (Gómez y Manacés, 2010, p. 66; Merino Acuña, 2014, p. 89; Romio, 2013; Montoya Rojas, 2009; Alimonda, Hoetmer y Saavedra Celestino, 2009). Este fue un momento crucial en el conflicto amazónico al convertir una protesta pacífica de casi 2 meses en un enfrentamiento sangriento entre policías y manifestantes, donde fueron asesinados 12¹⁴ policías y 10 civiles, y por lo menos 205 personas resultaron heridas (33 policías y 172 civiles), 82 por impacto de bala (Quispe Capacyachi, 2015, p. 1; Gómez y Manacés, 2010, p. 78).

En segundo lugar, se encuentra la ejecución de 10 de los 38 policías retenidos en la Estación 6 de Petroperú, perpetuada por una enardecida turba de nativos como represalia al asesinato de sus hermanos en el fallido intento de desalojo. Informados por los primeros reportes radiales de las muertes, no pudieron ser controlados por aquellos dirigentes indígenas que hasta ese momento habían mantenido un control no violento de la estación tomada y que se opusieron a la represalia. Algunos de ellos fueron agredidos físicamente (Gómez y Manacés, 2010, p. 69; Merino Acuña, 2014, p. 89).

13 El carácter fallido del operativo policial de desalojo no solo radica en su necesidad (los nativos iban a despejar el área por su cuenta), sino que la dimensión descriptiva de los informes del Congreso y Poder Ejecutivo así lo evidencian (Gómez y Manacés, 2010).

14 El mayor Bazán fue declarado desaparecido desde aquel día, y legalmente muerto en mayo del 2012 por un juzgado de Chiclayo (Lambayeque). Hasta la fecha su cuerpo no ha sido encontrado.

En tercer lugar, en las ciudades amazónicas de Bagua y Bagua Grande se dieron una serie de enfrentamientos entre manifestantes y agentes policiales locales a raíz de la reacción de indignación y solidaridad de los primeros respecto a la intervención armada en la protesta pacífica que devino en tragedia. Luego de apropiarse de los espacios públicos y causar destrozos a plazas, comisarías y otras instituciones estatales, los manifestantes fueron repelidos por la policía.

Estos sucesos en conjunto derivaron en la muerte de 34 personas: 24 policías y 10 civiles —5 indígenas y 5 no indígenas— (Cavero, 2011, p. 17; FIDH, 2009), además de en heridos y en diversos daños materiales en la carretera y las ciudades mencionadas. El escalamiento de la violencia en los sucesos del 5 de junio fue producido por la incapacidad del Gobierno central de atender las legítimas demandas de los pueblos.

6. Actores, interpretaciones y demandas en las noticias de los diarios *El Comercio* y *La República*

6.1. Construcción de los datos cuantitativos.

Mientras que la unidad de análisis del ACD son las declaraciones del oficialismo, en el análisis cuantitativo que se llevó a cabo en el presente estudio se han examinado las declaraciones de todos los actores expuestos y citados en las noticias y entrevistas de ambos diarios. Siguiendo el planteamiento metodológico de Artese (2013), se han desagregado las declaraciones y simplificado su contenido con arreglo a dos dimensiones propias de la participación discursivo-mediática de los actores en el conflicto: (1) las caracterizaciones (valorizaciones) que ofrecen sobre el conflicto y (2) las denuncias o demandas que realizan respecto al mismo. Se ha intentado adaptar el planteamiento de Artese a la realidad del conflicto amazónico, al realizar una metodología que va de lo concreto hacia lo abstracto para elaborar así tipos de <caracterización del conflicto> y <denuncias y demandas> de manera tal que reflejen las particularidades del caso.

De esta manera, las distintas versiones de <caracterización del conflicto> fueron agrupadas en categorías más específicas como «complot antisistema», «ilegalidad», «inconstitucionalidad de los DL», «Gobierno responsable», «falta de diálogo» y «otros». Lo mismo ocurre con las <denuncias y demandas>, las cuales fueron agrupadas en demandas de «uso de la fuerza», «diálogo» y «derogatoria», denuncias de «represión», «persecución política» y, así también, manifestaciones de «apoyo a la protesta» y «otros».

A continuación, se tomará como ejemplo una declaración para demostrar cómo la transformamos en una unidad informativa que llega a ser parte del análisis cuantitativo de la tabla.

Estamos ante un Gobierno que no dialoga y que es responsable de lo que pase en la protesta [...] así como sacaron de la noche a la mañana el decreto supremo para declarar el estado de emergencia en cuatro regiones de la Amazonía, así con esa misma rapidez queremos que saquen la resolución para instalar la mesa de diálogo. Solo pedimos que se cumpla el acuerdo. No vamos a permitir que sigan jugando con nosotros. (Alberto Pizango, Presidente AIDSESEP. *La República*, 12 de mayo del 2009)

En esta declaración del dirigente nativo Alberto Pizango podemos identificar, de acuerdo con la tipología de la presente investigación, al menos cuatro elementos: (1) una caracterización del conflicto en la cual se responsabiliza al Gobierno del problema, (2) una demanda de diálogo, (3) una demanda de cumplimiento de acuerdos y (4) una advertencia si no se atienden sus demandas («otros»).

De esta manera, la aproximación cuantitativa aquí resumida tiene por objetivo mostrar la cantidad de declaraciones sistematizadas y analizadas, quién o quiénes las realizan y cuál es su contenido principal. Además, se construyó una tipología de actores de la siguiente forma:

Tabla 1

Actores

Nativos/indígenas	Todos los indígenas nombrados como tales, sean o no líderes o dirigentes
Oficialismo	Involucra a los actores del Poder Ejecutivo, los congresistas apristas y las fuerzas del orden
Oposición	Congresistas de partidos distintos al APRA; el Partido Nacionalista destaca entre la oposición
Otros actores estatales	Está integrado por actores del Poder Judicial, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional (TC) y, en general, de instituciones estatales aparte del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo
Sociedad civil	Es el grupo más diverso, integrado por actores de ONG, la Iglesia católica, el empresariado, así como distintos movimientos y agrupaciones sociales
Expertos	Son profesionales que analizan el conflicto sin participar en este directamente
Otros	Son todos aquellos actores cuyo rol no encajaba con las otras nominaciones, o su «tipo» no era abundante en las noticias (por ejemplo, actores extranjeros como el presidente boliviano Evo Morales o la CIDH)

Desde nuestra perspectiva, el discurso criminalizador está integrado por las declaraciones que califican al conflicto como un «complot antisistema» y como una práctica de «ilegalidad». Ambas categorías suman un 28 % del total, (Tabla 2) y son casi tan significativas como lo es el protagonismo del oficialismo en la apropiación y ejercicio de este discurso que alcanza un 35 % del total (Tabla 3)¹⁵. A partir de este análisis, así como del ACD de las unidades de información publicadas luego del 5 de abril, se concluyó que el oficialismo no ejerció autocritica alguna¹⁶ respecto a su papel en el conflicto y, por el contrario, desplazó toda la responsabilidad de la tragedia del Baguazo a los nativos, a la oposición y a supuestos conspiradores foráneos. Ello evidencia que la estrategia mediática del oficialismo se encaminó, de manera generalizada, a desplazar su culpabilidad a otros, incriminándolos, asociándolos a la subversión y a la violencia ilegítima. Más aún, todo cuestionamiento al accionar oficialista fue calificado como parte de la conspiración y el cálculo político.

Por otro lado, del total de intervenciones del Gobierno, las más frecuentes fueron las declaraciones que llamaban tanto al uso de la fuerza como al diálogo (5 % y 19 % del total de intervenciones, respectivamente), valiendo cada una un cuarto del total de caracterizaciones de

15 Las categorías no son excluyentes entre sí. Existen casos en que la declaración de un actor ha sido catalogada en más de una categoría.

16 La mayor autocritica de las máximas autoridades del oficialismo es la de haber pecado de benevolentes: señalan que fueron demasiado dialogantes, y que no mandaron a los policías con la capacidad represiva que la situación ameritaba (Alan García, presidente de la República. *La República*, 13 de junio del 2009; Yehude Simon, Premier: *El Comercio*, 14 de junio del 2009). Se ha clasificado este tipo de «autocritica» dentro de la categoría «otros», al no ser por sí misma una intervención estadísticamente significativa y al no encajar dentro de la categoría de «Gobierno responsable de los hechos».

dicho actor (25 % y 28 %, respectivamente). Ambas, pese a ser aparentemente opuestas, signan el rol que decidió jugar el oficialismo durante el conflicto, sobre todo de manera posterior al Baguazo: el de «defensor» de la democracia y el Estado de derecho. Este rol de defensor adquiere sentido en la medida que, en el otro extremo, la protesta indígena fue significada como peligrosa para el ordenamiento democrático y la autoridad estatal.

A su vez, la crítica al Gobierno (liderada por nativos y oposición) generó un contrapeso en la disputa discursiva presente en las noticias analizadas. Mientras que en la interpretación de los hechos la inconstitucionalidad de los decretos y la atribución de culpabilidad al Gobierno ocupan la mitad de las intervenciones (20 % y 28 %, respectivamente), la demanda de derogatoria (31 %), las denuncias de persecución política (6 %) y de represión (7 %), y las manifestaciones de apoyo a la protesta (10 %) alcanzan casi la mitad de las demandas y denuncias.

Por último, la intervención de indígenas en los diarios analizados se caracterizó por denunciar la inconstitucionalidad de los decretos (40 %) y la responsabilidad estatal (40 %) sobre la tragedia, mientras que la demanda de derogatoria signó la mitad de sus intervenciones. Las caracterizaciones y la demanda nativa mostraron coherencia en tanto apelaban a canales institucionales para la satisfacción de sus demandas. La labor discursiva de la criminalización realizada por el oficialismo tuvo como objetivo colmar los ánimos de esta oposición, y transformarla, de cara a la opinión pública, en una amenaza para el *nosotros* nacional.

Tabla 2

Caracterizaciones del conflicto amazónico por parte de los actores

	Expertos	Nativos	Oficialismo	Oposición	Otros	Otros actores estatales	Sociedad civil	TOTAL
Complot anti-sistema	2 8 %	0 0 %	38 35 %	5 7 %	1 10 %	0 0 %	2 5 %	48 14 %
Ilegalidad	1 4 %	0 0 %	35 32 %	8 11 %	0 0 %	1 5 %	3 8 %	48 14 %
Inconstitucionalidad de DL	3 12 %	26 40 %	1 1 %	15 21 %	3 30 %	8 40 %	11 28 %	67 20 %
Gobierno responsable	13 52 %	26 40 %	0 0 %	34 48 %	3 30 %	7 35 %	11 28 %	94 28 %
Falta de diálogo	0 0 %	3 5 %	5 5 %	4 6 %	0 0 %	3 15 %	4 10 %	19 5 %
Otros	6 24 %	10 15 %	31 28 %	5 7 %	3 30 %	1 5 %	8 21 %	64 19 %
TOTAL	25 7 %	65 19 %	110 32 %	71 21 %	10 3 %	20 6 %	39 12 %	340 100 %

Nota: Elaboración propia.

Tabla 3

Denuncias y demandas de los actores

	Expertos	Nativos	Oficialismo	Oposición	Otros	Otros actores estatales	Sociedad civil	TOTAL
Demanda de uso de la fuerza	1 7 %	0 0 %	14 25 %	0 0 %	0 0 %	1 3 %	0 0 %	16 5 %
Demanda de derogatoria de DL	3 20 %	45 52 %	7 12 %	24 42 %	0 0 %	8 23 %	13 20 %	100 31 %
Demanda de diálogo	4 27 %	3 3 %	16 28 %	10 18 %	1 25 %	12 34 %	14 22 %	60 19 %
Denuncia de represión	3 20 %	13 15 %	0 0 %	2 4 %	1 25 %	0 0 %	3 5 %	22 7 %
Denuncia de persecución política	0 0 %	10 12 %	0 0 %	1 2 %	1 25 %	1 3 %	5 8 %	18 6 %
Apoyo a la protesta	2 13 %	11 13 %	0 0 %	2 4 %	0 0 %	4 11 %	13 20 %	32 10 %
Otros	2 13 %	4 5 %	20 35 %	18 32 %	1 25 %	9 26 %	17 26 %	71 22 %
TOTAL	15 (100 %) 5 %	86 (100 %) 27 %	57 (100 %) 18 %	57 (100 %) 18 %	4 (100 %) 1 %	35 (100 %) 11 %	65 (100 %) 20 %	319 100 %

Nota: Elaboración propia.

7. El discurso criminalizador del Gobierno: indígenas, salvajes y criminales

El discurso del Gobierno que criminalizó la lucha indígena se articulaba a través de tres elementos: (1) el marco democrático constitucional, (2) el modelo económico neoliberal y (3) la hipótesis del complot antisistema. La lógica política que vincula los tres elementos discursivos es la del antagonismo, línea excluyente que delimita un *nosotros* vs. un *ellos* en términos de enemigos. Los nativos amazónicos son simbolizados como ignorantes manipulados por malévolos titiriteros o conspiradores antisistema que amenazan el orden democrático constitucional y el modelo económico que hace posible el desarrollo. En nombre de la ley, la democracia, el desarrollo económico y, en suma, la nación, se racionaliza y justifica la represión contra la lucha indígena, *enemiga* del progreso nacional.

El carácter más antagónico del discurso se alcanza al acontecer el Baguazo, en tanto suceso de máxima agudización del conflicto. El hecho marcó una línea divisoria en la intensificación de la criminalización, alcanzó mayor nitidez y agresividad inmediatamente después del suceso, y perdió intensidad hacia las dos semanas cuando el Gobierno decidió derogar los decretos cuestionados.

La diferenciación entre enemigos internos y externos al *nosotros* nacional (significante que signa la siguiente cadena de equivalencias: «Gobierno», «democracia», «Constitución», «orden» y «desarrollo») varía gradualmente a razón de la jerarquía que supuestamente los vincula: mientras los nativo-amazónicos peruanos son ignorantes manipulados, los liderazgos

nativos (AIDSESEP, que responde a órdenes internacionales y *financiamiento externo*), el Partido Nacionalista (*partido político antisistema*), las ONG y los gobiernos chavistas son los grandes manipuladores que organizan, ordenan y financian el complot. Así, mientras más se sube en el escalafón organizacional del enemigo, más lejos se ubican los manipuladores del *nosotros* que supuestamente se busca desestabilizar.

Durante el proceso de agudización del conflicto, los nativos amazónicos —en tanto otredad interna del *nosotros*— fueron simbolizados como instrumento de poder de los enemigos foráneos, en un movimiento retórico (nombramiento) y fáctico (tratamiento) que los desplazaba hacia el *ellos* enemigo del *nosotros*. La evolución de la otredad nativa durante el conflicto se ejerció a través del pase de sus atribuidas ignorancia y docilidad («se les está sorprendiendo», «engañando» y «azuzando») hacia la atribución de criminalidad propia de un enemigo que debe ser controlado y hasta destruido («radical», «subversivo» y «terrorista»). La lógica antagonista del discurso criminalizador dotó de consistencia a la actuación del Gobierno frente al conflicto. Deriva en causalidades dogmáticas y soluciones perversas: ante el supuesto enemigo nacional conformado por manipulados internos y manipuladores principalmente externos, cuya actitud —basada en medidas de fuerza en la protesta y la negativa a negociar derechos— es interpretada como un accionar «ilegal» y «antidemocrático». No queda otra salida que «imponer la disciplina y el orden».

Este movimiento lleva a acentuar la criminalización, caracterizada por una inicialmente gradual (con el transcurrir del paro amazónico) y finalmente tajante (con el Baguazo) explicitación del carácter delincinencial de la lucha indígena: «[...] gente que se aprovecha de justas demandas para producirle problemas al Gobierno y al Perú» (Yehude Simon, premier, *La República*, 23 de mayo del 2009) pasa a convertirse luego en «[...] malos peruanos que complotaban contra la democracia y el país utilizando la causa de los nativos» (Yehude Simon, premier, *La República*, 6 de junio del 2009), los cuales ejercen una «[...] agresión subversiva contra la democracia y la Policía Nacional» y asesinan con «[...] métodos idénticos a los empleados por Sendero Luminoso (SL)» (Alan García, presidente de la República, *La República*, 7 de junio del 2009).

En esta interpretación de los hechos del Baguazo, el oficialismo abandonó la idea políticamente correcta de la *protesta legítima* que había sido ejercida al inicio del conflicto, en favor de un discurso que deslegitima la protesta al simbolizar sus medios como violentos, sus móviles frutos de un engaño o de la ignorancia, y sus fines capitalizados por intereses particulares que responden en última instancia a enemigos externos. Dicha idea era parte de una visión paternalista sobre los PPIIAA en tanto sector manipulado del enemigo nacional, caracterizada por la condescendencia sobre sus demandas, interpretadas como un reclamo contra la marginalidad histórica que ha caracterizado su vinculación con la sociedad mayor, asociándolas así con un resentimiento histórico legítimo más que con causalidades inmediatas: la negada inconstitucionalidad de los decretos. Ello se expresa en los pronunciamientos del Premier Simon: «Algunos dirigentes están sorprendiendo a las comunidades nativas al decir que dichos decretos los afectan, cuando en realidad estos los benefician a ellas y a otros sectores» (Yehude Simon, premier, *El Comercio*, 23 de mayo del 2009).

Existe, sin embargo, una profunda incoherencia entre la forma en que los «indígenas ignorantes manipulados» son presentados por el oficialismo en los medios y la forma en que fueron tratados fuera de estos. Esto se hizo evidente luego del Baguazo, momento en el cual ellos en tanto enemigos tomaron finalmente la forma explícita de «terroristas»:

[...] conspiración [...] para la cual se habló de insurgencia y levantamiento en las últimas semanas; 22 policías asesinados en condiciones de salvajismo y barbarie [...] reclamos irracionales [énfasis añadido] que impedirán a los peruanos aprovechar las riquezas de gas y petróleo del subsuelo que de acuerdo a la Constitución pertenecen a toda la nación; los subversivos [énfasis añadido] y dirigentes políticos han pasado al asesinato de policías. Ante eso, el orden y la autoridad democrática deben afirmarse. Estoy seguro que la población de todo el Perú, que en inmensa mayoría sabe que el país debe continuar su camino por el desarrollo, el empleo y la inversión, apoyará las acciones contra la agresión subversiva y el terrorismo [énfasis añadido]. (Alan García, presidente de la República. *La República* versión digital, 6 de junio del 2009)

Luego del fallido desalojo, la responsabilidad de su fatal desenlace fue atribuida a los PPIIAA y a sus manipuladores. Los nativos fueron, entonces, simbólicamente encajados en el ancestral y aún vigente discurso del *otro salvaje* interno al *nosotros civilizado* nacional, cuya peligrosidad debe ser domesticada en nombre del bien común que la normativa democrática constitucional y la economía extractivista posibilitan. En este plano genérico de la criminalización, la jerarquía supuesta por el discurso que diferencia a manipulados de manipuladores permite reducir la lucha indígena, su agencia y su agenda política a un instrumento de poder de grupos complotistas, invisibilizando y negando por completo las lógicas y racionalidades políticas propias de la organización e institucionalidad indígena-amazónica.

Esta asociación se puede percibir igualmente en la declaración de suboficiales de la policía, con lo cual se muestra que el discurso está presente en distintos niveles de la jerarquía estatal:

Traté de escapar, pero fui alcanzado por una bala en la pierna. Al poco rato estuve rodeado de un centenar de indígenas que me hincaban con lanzas en todo el cuerpo. A pesar de que suplicaba por mi vida, ellos no entendían. Actuaban como salvajes. [...] Me percaté de que entre la turba habían (sic) licenciados que sirvieron al ejército. Algunos de ellos portaban armas y tenían el rostro cubierto con pasamontaña, quienes azuzaban a los nativos. (Óscar Mancilla Escobar, suboficial PNP, *La República*, 8 y 9 de junio del 2009)

De esta manera, el carácter de criminales con que se describe a los indígenas en el conflicto es el mismo utilizado como parte de la díada civilización-barbarie. Se trata de una analogía entre salvaje y criminal producida de acuerdo con las exigencias de la institucionalidad jurídica constitucional vigente (delitos, violencia y responsabilidad penal), las que pueden interpretarse como nuevas formas institucionales que sostienen, no obstante, una continuidad histórica de exclusión social desde la colonia hasta la república en la actualidad (Segato, 2007, p. 158). La legalidad democrática como uno de los elementos constitutivos del discurso criminalizador dota a la acción del Estado de los atributos jurídicos por excelencia: objetividad, imparcialidad y, en un nivel abstracto, justicia.

7.1. La reproducción y el reforzamiento del discurso criminalizador.

Además de los actores políticos del Gobierno central, en la construcción del discurso criminalizador intervienen otros actores que lo refuerzan por repetición y lo complementan con nuevas perspectivas. Estos otros actores actúan como aliados del Gobierno al reforzar la idea acerca

de cómo las protestas indígenas amenazan el desarrollo económico nacional. En distintos momentos, empresarios se pronuncian señalando que la derogación de los decretos contraviene el TLC con Estados Unidos y por tanto el interés nacional. Un economista señala que «[...] un grupo de peruanos pone en riesgo un TLC que beneficia a todo el país» (Carlos Adrianzén, *El Comercio*, 9 de junio del 2009) y el máximo representante del gremio de exportadores opina que la derogatoria afecta nuestra imagen como país pues «[...] nuestros compradores piden que la madera tenga un origen legal y que se asegure la sostenibilidad de los bosques» (José Luis Silva, presidente de ADEX, *El Comercio*, 10 de junio del 2009).

La idea de un *nosotros* nacional confrontado al *ellos* reaparece, aunque fortalecida, desde voces locales no indígenas y reclamos por afectación a necesidades básicas, por ejemplo cuando un empresario de la Cámara de Comercio de San Martín (región limítrofe de Amazonas) declara que:

La población de esta parte del país paga un costo muy alto en el plano económico, social y de salubridad como consecuencia del bloqueo de las carreteras, pues la canasta familiar se hace insostenible por los altos costos de los productos alimenticios, así como de las medicinas y la precariedad de otros servicios. (John Arévalo, Cámara de Comercio de San Martín, *El Comercio*, 4 de junio del 2009)

El arzobispo Juan Luis Cipriani, uno de los máximos representantes de la Iglesia católica en el país, es otra de las voces que se suman a este discurso. Luego del Baguazo, señala que no hay nada que justifique los actos de violencia ocurridos e invoca a respetar a la autoridad policial, haciendo una invocación general a la paz. Sin embargo, recurre también a la tesis del complot al decir que «[...] existen sectores que viven de la violencia y no plantean soluciones concretas a los problemas del Perú, salvo alternativas de países vecinos que han creado más problemas» (Juan Luis Cipriani, arzobispo de Lima, *El Comercio*, 7 de junio del 2009).

Finalmente, para reforzar la recurrente idea de la manipulación proveniente del extranjero, en particular del chavismo, un político venezolano de oposición denunció la vinculación de las protestas indígenas con movimientos de izquierda en América Latina, agrupadas alrededor del Foro de Sao Paulo (Alejandro Peña, excandidato presidencial en Venezuela, *El Comercio*, 12 de junio del 2009). Esto complementó de manera directa la denuncia de la ministra Aráoz, quien declaró que «[...] hemos estado haciendo una investigación y he encontrado (sic) y estamos en los últimos minutos de demostrarlo que ha entrado plata de ONG internacionales para la derogación [de los decretos legislativos]» (Mercedes Aráoz, *El Comercio*, 13 de junio del 2009).

La multiplicidad de sectores sociales (expertos, empresarios, Iglesia y políticos extranjeros) que abrazó el discurso oficialista reforzó su legitimidad al presentarlo como un pensamiento general de la sociedad, obvio y objetivo, desprovisto de intereses políticos. Se trata, en conclusión, de un amplio frente social que sostuvo un discurso criminalizador dirigido contra pueblos indígenas que desafían una economía que consideran excluyente y depredadora de la Amazonía.

7.2. La defensa del modelo económico en el discurso criminalizador.

El discurso del Gobierno cumplió una función más profunda en términos del marco ideológico capitalista en el cual se inscribe: asociar la incompletitud del desarrollo y el bienestar nacionales

bajo el modelo extractivista con la persistencia obstaculizadora de la conspiración antisistema. En este discurso la repartición desigual de activos y pasivos socioambientales es invisibilizada y reemplazada como una falla que le es externa. Los responsables serían los enemigos intranacionales (primero actores pasivos manipulados, luego activos terroristas) que impiden la consolidación de la economía. Por lo tanto, el discurso criminalizador no legitima la violencia estatal *per se* sino la necesidad de implantar el modelo extractivista a la fuerza, dadas las circunstancias adversas creadas por el complot antisistema. La criminalización en este escenario mediático es una herramienta de poder dirigida a incrementar la legitimidad del extractivismo autoritario como modelo de apropiación del territorio y de los recursos.

En el discurso se absolutiza el vínculo entre el desarrollo del *nosotros* y el modelo extractivista, de tal manera que cualquier concepción del primero pase necesariamente por definirse dentro de los términos ideológicos y prácticos que impone el segundo. No es una simple asociación sino una equivalencia exclusiva: la fórmula sería *sin extractivismo no hay desarrollo*. Es por ello que cuando los pueblos indígenas plantearon cuestionamientos jurídicos a los decretos legislativos, el oficialismo los descalificó y tildó de manipulados pues «[...] no habían leído los decretos»; y así también, luego del Baguazo, los llamó marionetas de «[...] una conspiración en marcha que quiere evitar que utilicemos nuestras riquezas naturales para fomentar el caos y la crisis» (Alan García, presidente de la República, *La República*, 8 de junio del 2009), como si la única manera de aprovechar dichos recursos fuese a través del extractivismo. En estos términos, cuestionar el modelo extractivista y su carácter impositivo equivale a cuestionar y socavar el desarrollo del *nosotros per se*.

En el discurso criminalizador se defiende la idea de que el modelo extractivista beneficia a todos los peruanos, pero son los manipuladores complotistas antisistema los que quieren volver exclusivamente suyos dichos beneficios acaparando las tierras y recursos que «son de todos». Este supuesto niega la territorialidad indígena reconocida por la Constitución y otras normas internacionales de rango constitucional. Este acaparamiento complotista, según el oficialismo, se ejerce a través de la capitalización del descontento popular y sus demandas, la manipulación de las masas y, en términos generales, del aprovechamiento del conflicto.

Sin embargo, si bien la justificación subrepticia del uso de la fuerza se apoya directamente en la necesidad de implantar el modelo extractivista (planteado a su vez implícitamente como el único modelo económico de desarrollo viable), su justificación explícita se sostiene en la normativa legal cuya interpretación permite dicho ejercicio. La represión es, en el discurso oficialista, un significante ausente, cuya puesta en práctica se oculta tras la siguiente cadena de equivalencias: «restablecer el orden interno», «cumplimiento del deber», «actuación digna de un Gobierno democrático con respeto a la Constitución» y «el Gobierno tenía que actuar con autoridad en una protesta que no era pacífica». Todas estas frases (del presidente García, y los ministros Simon y Cabanillas) se presentaron como formas equivalentes de simbolizar y legitimar el papel represivo e ilegal del Gobierno central y los agentes del orden en el Baguazo. Esta cadena es, por ende, el eufemismo de la represión oculta tras un lenguaje legalista.

7.3. El descenso de la criminalización oficialista.

La ofensiva de la criminalización de la lucha nativo-amazónica liderada por el oficialismo aprista, a 15 días de ocurrido el Baguazo (20 de junio), se transformó en un reconocimiento autocomplaciente de los «errores del Gobierno»: lo que durante meses y hasta días atrás había sido una política autoritaria, ilegal, deliberadamente avasallante, negligente y finalmente sangrienta

fue, en un nuevo movimiento retórico de negación y minimización del accionar criminal del oficialismo, reducida a un conjunto de «errores mutuos» entre la reforma de los decretos y el cuestionamiento hacia la misma. Peor aún, adquirió la forma de una renovada condescendencia explícitamente paternalista con los nativos, actitud soberbia a través de la cual el entonces presidente García aceptaba públicamente derogar los decretos, más por su impopularidad creciente y su inviabilidad a razón de la persistente protesta indígena, que por su múltiple carácter inconstitucional¹⁷. Así, mientras los criminales son los otros (el enemigo), los crímenes propios son errores:

[...] en esta situación llega el momento [...] de reconocer la sucesión de errores y exageraciones que hemos vivido todos de alguna u otra manera [énfasis añadido] [...] en la voluntad de hacer cumplir y respetar la ley [...] no se calculó que detrás de los nativos se ocultaría gente criminal y cruel [énfasis añadido] dispuesta a matar policías y empujar [énfasis añadido] a la policía a matar a muchos nativos [...] los jefes nativos creyeron en los agitadores y demagogos en vez de revisar por ellos mismos los decretos [...] es una suma de errores y exageraciones de la que sale perdiendo nuestra patria: el Perú [...] Porque es mejor una rectificación valerosa que una torpe obstinación por ver quién gana [...] aprendo que querer modernizar muy rápidamente trae conflictos [énfasis añadido] [...] lamentablemente esos buenos propósitos [la supuesta benignidad de los decretos] fueron desfigurados, caricaturizados, no se comprendieron adecuadamente, y agitadores, violentistas y politiqueros convencieron a muchos nativos de buena fe que la ley iba a quitarles el agua y la tierra, lo cual no era cierto. Todo eso llevó a actos de violencia y bloqueos de carreteras [...]. (Alan García, presidente de la República, *La República*, 18 de junio del 2009).

A través de una serie de eufemismos que banalizan las críticas ajenas y minimizan los crímenes propios («errores», «exageraciones» y «empujar a matar») se ejerce nuevamente la concepción paternalista del nativo salvaje: no está listo para la «modernización», se resiste al «progreso», es difícil integrarlo a la «civilización». El antecedente inmediato (al interior del mismo conflicto) de esta visión paternalista avasallante caracterizada por la soberbia y la falsa benevolencia es la concepción que expresa públicamente el presidente García sobre los territorios indígenas: lejos de reconocer el carácter ancestral de los mismos o los grandes procesos de despojo territorial y marginalidad experimentados por los PPIIAA durante el siglo XX (los cuales produjeron nuevas apropiaciones territoriales) que eran necesarios remediar, García concibe el reconocimiento del territorio indígena y las reservas naturales sobre las cuales se superpone como una suerte de regalo o favor del soberano, es decir, regalo suyo: «Jamás pudieron demostrar haber leído los DL que rechazaban y que garantizaban 12 millones de hectáreas concedidas a 400 mil integrantes de las etnias amazónicas» (Alan García, presidente de la República, *La República*, 8 de junio del 2009).

8. Reflexiones finales

Los discursos criminalizadores son la racionalidad que hace posible el accionar represivo, y no su mera justificación pública o mediática, sea elaborada y publicada por convicción o por

17 Si bien García admitió que los decretos no fueron consultados, no resaltó el carácter inconstitucional de dicho accionar, sino que lo justificó bajo el supuesto de que los decretos iban a ser beneficiosos para los PPIIAA y estaban diseñados para proteger la Amazonía.

sentido práctico. El discurso criminalizador aquí examinado se ve justificado a través de una racionalidad jerarquizante, que simboliza la protesta indígena «desde abajo», democrática, pacífica y legalmente fundada, como un accionar que debe ser controlado, normalizado y reprimido, en tanto es simbolizado como terrorista, subversivo, bárbaro, producto de la manipulación, la ignorancia y la ideologización, estigmatizado como opuesto a lo verdadero, lo correcto, lo racional y lo lógico, todas características atribuidas a una supuesta mentalidad moderna y civilizada que debe imponerse a la fuerza. Es en esta racionalidad que la mentalidad colonial perdura y se mantiene hegemónica.

El accionar autoritario del oficialismo en su voluntad de imponer los DL extractivistas se tornó criminal con el Baguazo. En ese escenario, el discurso criminalizador de la protesta desplazó la responsabilidad de los aspectos negativos del conflicto (la infructuosidad del diálogo y la canalización democrático-institucional-estatal de las demandas nativas en el Congreso, las protestas, los heridos, muertos y los daños materiales) del Gobierno central a los enemigos del *nosotros*, siempre resaltando la jerarquía ya descrita que diferencia a manipulados de manipuladores. La criminalización de los indígenas permite legitimar el autoritarismo del Gobierno y negar su propio giro criminal. Esta racionalización, esta manera de entender, sentir y experimentar el conflicto es en gran medida lo que ha hecho posible que dicho accionar criminal haya quedado impune hasta la actualidad, y a su vez, que el autoritarismo extractivista siga cosechando los frutos perversos y destructivos de su propia insostenibilidad humana y ecológica.

El discurso criminalizador contra los pueblos indígenas solo puede entenderse profundamente apelando a la naturaleza colonizadora que ha caracterizado su relación con el Estado peruano. La conquista de sus territorios, la degradación de su medio ambiente y la subalternización de sus conocimientos y costumbres marca hasta el día de hoy dicha relación, aunque no sin nuevas configuraciones discursivas acordes a las legalidades y legitimidades hegemónicas. El poder que ostenta el Estado de nombrar a una persona como «criminal» o como «salvaje» es el medio a través del cual se le deshumaniza y se convierte en legítimo el castigo —y, en consecuencia, se legitima la imposición ideológica—. El cambio en el uso de la terminología responde centralmente a que la categoría «criminal» es aceptada como parte de determinada legalidad constitucional, mientras que la de «salvaje» no lo es más. Sin embargo, como se ha podido mostrar, los significados que integran estos significantes coinciden en aspectos fundamentales.

La política represiva del gobierno aprista y la protesta de los pueblos indígenas participan en campos de permisibilidad desiguales en torno a la ley, su apropiación interpretativa (poder simbólico de nombrar de forma oficial) y el monopolio de la violencia legítima. El discurso criminalizador del Gobierno es un instrumento destinado no solo a imponer un modelo socioeconómico, sino a legitimar y hacer posible el conjunto de privilegios que tienen como Gobierno respecto a la normativa legal: la capacidad de matar, herir, destruir, despojar y avasallar con impunidad, sin mayores repercusiones judiciales y penales. No obstante, la lucha indígena y la de sus aliados en la sociedad impiden que ese margen de acción sea aún mayor.

REFERENCIAS

- Alimonda, H., Hoetmer, R., y Saavedra Celestino, D. (Eds.). (2009). *La Amazonía rebelde: Perú 2009*. Buenos Aires: CLACSO; Lima: Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería.
- Artese, M. (2006). *El discurso que criminaliza. Un estudio sobre la construcción social de la deslegitimación de la protesta (1996-1999)*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani.
- Artese, M. (2013). *Cortes de ruta y represión. La justificación ideológica de la violencia política entre 1996-2002* (1.ª ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- Arrunátegui Matos, C. (2010a). El racismo en la prensa escrita peruana. Un estudio de la representación del Otro amazónico desde el Análisis Crítico del Discurso. *Discurso & Sociedad*, 4(3), 428-470.
- Arrunátegui Matos, C. (2010b). Ideología y prensa escrita en el Perú: el caso Bagua. *Lexis*, XXXIV(2), 353-368.
- Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2016). *Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
- Barclay Rey de Castro, F. (2014). *Informe Pericial Antropológico*. Lima.
- Bebbington, A. y Humphreys, D. (2011). An Andean Avatar: post-neoliberal and neoliberal strategies for securing the unobtainable. *New Polit. Econ.*, 16(1), 131-145.
- Cavero, O. (setiembre, 2011). *Después del Baguazo: informes, diálogos y debates*, Cuaderno de trabajo N° 13 (Serie Justicia y Conflictos No. 1). Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Departamento de Ciencias Sociales.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos* (OEA/Ser.LV/II). Damonte, G. (2014). El modelo extractivo peruano: discursos, políticas y la reproducción de desigualdades sociales. En B. Göbel, y A. Ulloa (Eds.), *Extractivismo minero en Colombia y América Latina* (pp. 37-74). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá), Facultad de Ciencias Humanas, Grupo Cultura y Ambiente; Berlín: Ibero-Amerikanisches Institut.
- De la Cadena, M. (2015). Uncommoning nature. Recuperado de <http://supercommunity.e-flux.com/authors/marisol-de-la-cadena/>.

- Duárez Mendoza, J. L. (noviembre, 2012). Conflictos socioambientales en el Perú neoliberal. Una aproximación estructural en términos histórico políticos. *Observatorio Social de América Latina (OSAL)*. *Movimientos sociales en América Latina, año XIII(32)*, 173-190. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).
- Durand Guevara, A. (2011). Nuestras tierras, sus ganancias. Recursos naturales, desigualdad y conflicto en la Amazonía peruana. En M. Castillo, M. Bastías, y A. Durand Guevara (Compiladores), *Desigualdad, Legitimación y Conflicto: dimensiones, políticas y culturales a desigualdad en América Latina* (pp. 117-136). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Durand Guevara, A. (2015). Antagonismo, autonomía y representación política en tiempos de presión extractiva; una mirada desde el movimiento indígena amazónico de Perú. En M. Modonesi, *Movimientos subalternos, antagonistas y autónomos en México y América Latina* (pp. 101-115). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- El Comercio. (2009). Revisión de su edición diaria, del 20 de mayo al 20 de junio del 2009. *El Comercio* (Perú), versión impresa.
- El Comercio. (23 de mayo del 2009). Denuncian a líder de AIDSESEP. *El Comercio* (Perú), p. a18.
- El Comercio. (4 de junio del 2009). Tarapoto se queda sin combustible y energía. *El Comercio* (Perú), p. a9.
- El Comercio. Dongo-Soria, D. (7 de junio del 2009). García denuncia conspiración por actos violentos en Bagua. *El Comercio* (Perú), p. a12.
- El Comercio. Caballero, G., y Ramírez, M. (10 de junio del 2009). Decreto que generó controversia podría ser suspendido por 90 días. *El Comercio* (Perú), p. a2.
- El Comercio. (12 de junio del 2009). Denuncian injerencia chavista por actos de violencia en Bagua. *El Comercio* (Perú), p. a8.
- El Comercio. (13 de junio del 2009). Aráoz: Hay indicios de financiamiento externo. *El Comercio* (Perú), p. a12.
- El Comercio. Balbi, Mariella (14 de junio del 2009). Entrevista a Yehude Simon Munaro «Renunciar sería desleal con el país». *El Comercio* (Perú), p. a2.
- Espinosa de Rivero, Ó. (2009a). Más allá de Bagua: ¿Qué quieren los pueblos de la Amazonía peruana? *Coyuntura: Análisis Económico y Social de Actualidad*, (2), 15-17. Perú: PUCP.
- Espinosa de Rivero, Ó. (2009b). ¿Salvajes opuestos al progreso?: aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana. *Anthropologica*, año XXVII(27), 123-168. Diciembre del 2009.
- Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH). (2009). *Perú - Bagua. Derramamiento de sangre en el contexto del paro amazónico. Urge abrir diálogo de buena fe, octubre 2009(529e)*.

- García, F. (23 de mayo del 2009a). Pizango denunciado por rebelión, sedición y conspiración. *La República* (Perú), p. 5.
- García, F. (6 de junio del 2009b). Ministros deslindan responsabilidad del Gobierno. *La República* (Perú), p. 5.
- García, M. (2010). El discurso del perro del hortelano y las articulaciones actuales entre política y medios de comunicación en el Perú. En G. Portocarrero, J. C. Ubilluz, y V. Vich (Eds.), *Cultura Política en el Perú. Tradición autoritaria y democratización anómica* (pp. 127-142). Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales.
- Gómez, M. del C., y Manacés, J. (2010). *Informe en Minoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua*. Perú: Congreso de la República.
- Guevara Aranda, R. (2013). *Bagua. De la resistencia a la utopía indígena. La «Curva del Diablo» y la lucha de los pueblos amazónicos en el siglo XXI*. Perú: Punto y Gráfica SAC.
- Guzmán Zamora, F. (2015). *El problema de los medios: poder discursivo en el conflicto amazónico peruano*. Córdoba-Argentina: Escuela de Ciencias de la Información (ECI) y Asociación Latinoamericana de los Investigadores de la Comunicación (ALAIIC).
- Hoetmer, R. (setiembre, 2013). Minería, movimientos sociales y las disputas del futuro: claves de lectura y pistas de reflexión-acción. En R. Hoetmer, M. Castro, M. Daza, J. De Echave, y C. Ruiz (Eds.), *Minería y movimientos sociales en el Perú. Instrumentos y propuestas para la defensa de la vida, el agua y los territorios* (1.ª edición) (pp. 265-282). Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG), CooperAcción, AcSur Las Segovias, EntrePueblos.
- International Network of Civil Liberties Organizations (INCLO). (2013). «Recuperen las calles»: *Represión y criminalización de la protesta en el mundo*. Irish Council for Civil Liberties (ICCL).
- Lajtman, T. (2017). *El «antiminero» como enemigo interno en el Perú: un análisis a la luz de los casos de Conga y Tía María*. México: Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe (IEALC/UBA).
- La República. (2009). Revisión de su edición diaria, del 20 de mayo al 20 de junio del 2009. *La República* (Perú), versión impresa.
- La República (Redacción). (10 de mayo del 2009). Nativos protestan por estado de emergencia. *La República* (Perú), p. 9.
- La República (Redacción). (6 de junio del 2009). Presidente de la República pide responder con serenidad y con firmeza. *La República* (Perú). Recuperado de <http://larepublica.pe/archivo/402776-presidente-de-la-republica-pide-responder-con-serenidad-y-con-firmeza>.
- La República. (7 de junio del 2009). Alan García sostuvo que «extremistas» usaron a etnias amazónicas. *La República* (Perú), p. 4.

- La República. Aguirre, D. (8 de junio del 2009). Los 12 policías de la Estación 6 fueron ultimados por venganza. *La República* (Perú), p. 2.
- La República (Redacción). (8 de junio del 2009). Alan insiste en teoría de la conspiración. *La República* (Perú), p. 9.
- La República. Aguirre, D. (9 de junio del 2009). Reservistas habrían asesinado a policías. *La República* (Perú), p. 8.
- La República (Redacción). (16 de junio del 2009) Presidente García calificó como un "genocidio de policías" la muerte de los 24 policías en los sucesos de Bagua. *La República* (Perú), p. 6.
- La República (Redacción). (18 de junio del 2009). Presidente Alan García decide volver a empezar. *La República* (Perú), p. 3.
- Macassi Lavander, S. (2013). *El tratamiento informativo según el ciclo de vida de los conflictos socio ambientales: un estudio comparativo de tres casos en medios regionales y nacionales* (Tesis). Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- Machado Aráoz, H. (noviembre, 2012). Los dolores de *Nuestra América* y la condición neocolonial. Extractivismo y biopolítica de la expropiación. *Observatorio Social de América Latina (OSAL)*. *Movimientos sociales en América Latina, año XIII*(32), 51-66. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).
- Merino Acuña, R. (2014). The politics of extractive governance: indigenous peoples and socio-environmental conflicts. *The Extractive Industries and Society*, 2(1), 85-92. 2015.
- Montoya Rojas, R. (agosto, 2009). «Con los rostros pintados»: tercera rebelión amazónica en Perú (agosto 2008-junio 2009). Lima, Perú.
- Organización de Desarrollo de las Comunidades Fronterizas del Cenepa (ODECOFROC), Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), y Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui. (2009). *Perú: Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la minería*, informe 5. Lima: Tarea Gráfica.
- Quispe Capacyachi, J.J. (2015). *A 6 años del «Baguazo» aún queda mucho por hacer*. Recuperado de <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1645>.
- Romio, S. (2010). Bagua, un anno dopo. La figura del «politico indigeno» come nuova strategia mediatica del movimento indigeno peruviano. *Confluenze*, 2(2), 59-91. ISSN 2036-0967. Dipartimento di Lingue e Letterature Straniere Moderne, Università di Bologna.
- Romio, S. (2013). Minera Afrodita en Alto Amazonas. Territorio de confine en la lucha socio ambiental de la selva peruana. En R. Hoetmer, M. Castro, M. Daza, J. De Echave, y C. Ruiz (Eds.), *Minería y movimientos sociales en el Perú. Instrumentos y propuestas para la defensa de la vida, el agua y los territorios* (pp. 213-236). Lima: Programa Democracia y Transformación Global (PDTG), CooperAcción, AcSur Las Segovias, EntrePueblos.

- Ruiz Molleda, J. C. (mayo, 2014). Para entender los procesos judiciales del Baguazo. *Revista Argumentos*, año 8(2). Recuperado de <http://revistaargumentos.iep.org.pe/articulos/para-entender-los-procesos-judiciales-del-baguazo/>.
- Segato, R. L. (marzo-abril, 2007). El color de la cárcel en América Latina. Apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en deconstrucción. *Nueva Sociedad*, (208). ISSN: 0251-3552. Recuperado de www.nuso.org.
- Silva Santisteban, R. (2016). Perros y antiminereros: discursos extractivistas y prácticas represivas en el Perú. *Tabla Rasa*, (24), 79-104. Bogotá.
- Subirana Abanto, K. (9 de junio del 2009). Derogar el D.L. 1090 pondría en peligro el TLC con EE. UU. *El Comercio* (Perú), p. b1.
- Surrallés, A. (marzo, 2011). Bagua 2009. *Revista Argumentos*, (1). Recuperado de <http://revistaargumentos.iep.org.pe/articulos/bagua-2009/>.
- Van Dijk, T. A. (1999). Estructuras ideológicas del discurso. En *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria* (pp. 328-344). Barcelona: Gedisa.
- Villegas, P. (2014). Amistades peligrosas: notas sobre movimientos sociales y gobiernos progresistas. En M. Gandarrillas Gonzáles, *Extractivismo: Nuevos contextos de dominación y resistencias* (pp. 9-66). Cochabamba-Bolivia: Cedib.

COMENTARIOS

Silvia Romio

Profesora del Departamento de Ciencias Sociales, PUCP*

Felicito a José Saldaña Cuba y Julio Salazar Delgado por este interesante estudio y agradezco al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) por brindarme la oportunidad de exponer algunos comentarios al respecto. La lectura de su artículo ha sido una ocasión particularmente productiva de diálogo e intercambio profesional.

Como antropóloga experta en conflictos socioambientales en la selva peruana —y particularmente interesada en el caso del Baguazo—, ha sido enriquecedor para mí confrontarme con el trabajo de Saldaña y su equipo de investigación. En los últimos dos años, este equipo ha venido desarrollando un interesante trabajo de observación crítica, investigación participativa y búsqueda de archivo en torno a algunos de los mayores casos de conflictos socioambientales de los últimos años, particularmente emblemáticos por tocar el tema de la criminalización a la protesta.

Estoy convencida de que únicamente un diálogo interdisciplinario puede contribuir a una comprensión más profunda y completa de dichos casos y, sobre todo, sobre la complejidad que los casos de interculturalidad nos proponen. Por eso, he aceptado con sumo interés la propuesta de elaborar comentarios sobre el texto. En el presente ensayo, abordaré las principales temáticas que Saldaña y Salazar proponen en su texto, a la vez que aportaré algunas reflexiones personales.

Como se explica en su introducción, con el texto se pretende trabajar los temas de la criminalización de la protesta y la forma en que se influyen las opiniones públicas a través del lenguaje mediático de la prensa peruana. Para ello, los autores examinan 341 unidades de información de noticias publicadas en dos de los principales periódicos nacionales (*El Comercio* y *La República*), en un periodo de treinta días alrededor del 5 de junio del 2009.

Tal como los autores mencionan, estudiar el lenguaje adoptado por la prensa es una forma de entender qué tipo de imágenes han sido movilizadas para describir los eventos que transcurrieron el 5 de junio del 2009 en Bagua y crear, así, imaginarios específicos colectivos sobre el caso. Trabajar sobre la criminalización de la protesta significa cuestionar cuáles imágenes y qué tipo de lenguaje han sido adoptados cotidianamente por la *mass media* para volver legítimo el accionar represivo estatal. En palabras de los autores: «[...] es de nuestro interés mostrar cómo en estas declaraciones se expresaron determinadas concepciones sobre los indígenas que participaron de las protestas al calificarlos como manipulables, peligrosos, salvajes y criminales»¹.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/silvia-romio->

1 Saldaña Cuba, J., y Salazar Delgado, J. (2018). Discursos criminalizadores sobre la otredad indígena en medios de comunicación escrita durante el Baguazo (2009) (sección 3). En *Anuario de investigación del CICAJ 2017*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ); Departamento Académico de Derecho (DAD); Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

En efecto, la prensa escrita (tanto local como nacional) ha jugado un papel clave en la construcción de una percepción particular de los conflictos socioambientales recientes en la opinión pública. Específicamente, numerosos son los estudios científicos (tanto desde la antropología como de expertos de las ciencias políticas) que han analizado el sutil papel jugado por los medios de comunicación en la transmisión de estereotipos específicos sobre los manifestantes, lo cual desencadenó una desaprobación de sus demandas políticas, así como una directa o indirecta aprobación hacia la posición represiva del Gobierno.

En el caso del Baguazo, podemos apreciar cómo la prensa nacional no ha podido ofrecer una mejor interpretación del caso que caracterizar a los manifestantes a partir de dos imágenes estereotipadas de matriz colonial: la del «bárbaro caníbal», el «reducidores de cabezas» y la de los «buenos salvajes, mansos y fácilmente manipulables»². Tal como los autores del artículo buscan evidenciar, la construcción de una otredad y de un distanciamiento entre un «nosotros» y un «otros» es una técnica discursiva particularmente adoptada en ámbitos políticos, dirigida a justificar prácticas o formas de actuación específicas. De esa forma, las decisiones políticas asumidas son advertidas como prácticas «necesarias» en el manejo de dicha distancia, en «defensa» del sentimiento de unidad del «nosotros» y de la acción de represión, control o contención del «otro». Si el espacio amazónico es históricamente advertido como lugar de «frontera» respecto del mundo civilizado³, adoptar ciertas imágenes de matriz colonial hacia sus habitantes permite reforzar sentimientos negativos hacia la «otredad indígena», de consentimiento hacia la actitud autoritaria del Estado, y finalmente de necesidad de una institución militar que cumpla un rol «defensivo» hacia supuestos peligros de agresión o «contaminación».

No podemos olvidar que un «señor de la palabra» en esta «guerra de imágenes» fue el mismo Alan García Pérez, presidente del Perú en aquel entonces. En el escenario estudiado, García fue el primero en utilizar el arma de la prensa al publicar sus famosos artículos de «El síndrome del perro del hortelano» y «Receta para acabar con el perro del hortelano», en los cuales, por un lado, expresaba claramente el contenido de su visión de «desarrollo» y «progreso» para el Perú bajo la sombra de la política extractivista y, por otro lado, descalificaba todo tipo de oposición o cuestionamiento a esta visión y definía a los posibles opositores como «ciudadanos de segunda categoría». Estos artículos buscaban orientar la opinión pública hacia una lectura extremadamente polarizada de los eventos, clasificando a la sociedad peruana en dos posiciones extremas: a favor o en contra del «bien del Estado», aspecto que posteriormente ha determinado un clima social particularmente tenso, sobre todo en las zonas rurales y entre los grupos amazónicos. Entre todas sus declaraciones públicas de antes y después del enfrentamiento, cabe resaltar la del 6 de junio del año 2009, cuando el presidente calificó de «agresión subversiva contra la democracia y la Policía Nacional» la trágica jornada de violencia en Bagua. A través de un comunicado oficial desde Palacio de Gobierno, Alan García responsabilizó a los «políticos que predicán fórmulas extremistas», quienes utilizan a los pobladores indígenas «movidos ahora por sus apetitos electoreros se hayan puesto del lado del salvajismo extremista»⁴.

2 Espinosa de Rivero, Ó. (2009). ¿Salvajes opuestos al progreso?: aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana. *Anthropologica*, año XXVII(27), 123-168. Diciembre del 2009.

3 Espinosa de Rivero, Ó. (2009). ¿Salvajes opuestos al progreso?: aproximaciones históricas y antropológicas a las movilizaciones indígenas en la Amazonía peruana. *Anthropologica*, año XXVII(27), 123-168. Diciembre del 2009.

4 Véase, entre otras fuentes: Alan García denuncia conspiración contra el Perú. (6 de junio del 2009). Recuperado de <http://www.peru.com/noticias/sgc/portada/2009/06/06/detalle38074.asp>

Discursos posteriores del propio presidente⁵, la ministra del Interior y otros políticos del partido de gobernante incidieron en insultos a dirigentes, personas indígenas y colaboradores. Podemos, por lo tanto, notar cómo de «ciudadanos ociosos y hostiles al progreso», los manifestantes se convierten rápidamente en «salvajes» e individuos «manipulados por partidos políticos opuestos». El uso de imágenes estereotipadas fuertemente negativas fue habitual de parte de los representantes del Gobierno, y se creó así una cobertura estratégica sobre las demandas formuladas por los manifestantes que las invisibilizaba públicamente. Los medios jugaron entonces un papel importante en la difusión de esas lecturas simplistas del conflicto, sin dejar espacio a otros tipos de análisis o reflexiones en diferentes ámbitos de la opinión pública nacional.

Como argumenta Damonte, la construcción política de argumentos y axiomas que logran instalarse en el sentido común de vastos sectores de la sociedad⁶ y la posibilidad de influenciarla se convierten en una poderosa estrategia política⁷. A tal propósito, Saldaña y Salazar nos proponen un significativo esfuerzo de sistematización de las diferentes categorías adoptadas por el lenguaje mediático durante el periodo estudiado, así como de las consecuencias de la consolidación de una percepción negativa de la manifestación gestada a partir de un lenguaje visual que ha terminado por descalificar la protesta de toda valoración política.

En la segunda parte del texto, Saldaña y Salazar presentan un trabajo de reconstrucción de los acontecimientos que marcaron el 5 de junio del año 2009, a través de una investigación histórico-periodística que cruza la recopilación de datos de archivo —cuyas principales fuentes fueron las diferentes publicaciones sobre el caso— con entrevistas personalmente realizadas. El interés de los autores de reconstruir los eventos bajo la perspectiva de los mismos actores involucrados, a fin de dotar al caso de la complejidad que le pertenece, los ha llevado a realizar diferentes viajes en las provincias de Bagua y Utcubamba en los últimos años, y de establecer relaciones personales con diferentes actores sociales, tanto con indígenas y mestizos implicados en el caso, como con representantes institucionales que han jugado papeles claves en el desenvolvimiento de los hechos. Este interés, que podemos denominar «de matriz antropológica», les ha permitido reunir un conjunto de informaciones y datos bastantes complejos, en los cuales las memorias individuales se cruzan con las descripciones propuestas por los informes y las voces oficiales, y ponen en evidencia la necesidad de una visión intercultural en el esfuerzo de comprensión de los hechos.

Este trabajo recopilatorio ofrece una base de informaciones que, por un lado, ponen en luz las demandas políticas defendidas por los representantes indígenas a lo largo de la manifestación, y por otro lado evidencian la simplificación de la imagen del evento que la prensa contribuyó a difundir, a través de un lenguaje clasista y agresivo y una serie de imágenes estereotipadas. El análisis detallado de algunos casos concretos, como las declaraciones públicas de Alberto Pizango, presidente de AIDSESEP (publicada en el diario *La República* el 15 de

5 Véase: Alan García. (7 de junio del 2009). Discurso del Presidente de la República durante el 129 aniversario de batalla de Arica y juramento de fidelidad a la bandera. Recuperado de <http://www.presidencia.gob.pe/contenido1.asp?codigopubs=13582&idioma>.

6 Gramsci, A. (1971). *Selections from the Prison Notebooks*. Londres: Lawrence & Wishart.

7 Damonte, G. (2014). El modelo extractivo peruano: discursos, políticas y la reproducción de desigualdades sociales. En B. Göbel, y A. Ulloa (Eds.), *Extractivismo minero en Colombia y América Latina* (pp. 37-74). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá), Facultad de Ciencias Humanas, Grupo Cultura y Ambiente; Berlín: Ibero-Amerikanisches Institut (p. 42).

mayo del año 2009), permite apreciar que las manifestaciones indígenas «[...] mostraron coherencia en tanto apelaban a canales institucionales para la satisfacción de sus demandas. La labor discursiva de la criminalización realizada por el oficialismo tuvo como objetivo colmar los ánimos de esta oposición, y transformarla, de cara a la opinión pública, en una amenaza para el *nosotros* nacional»⁸.

Con tal propósito, los autores realizan un interesante esquema donde presentan una tipología de actores partícipes —bajo diferentes formas y perspectivas— del debate nacional, como fuentes directas o indirectas. Este esfuerzo de categorización nos permite apreciar la complejidad de los actores en juego en este proceso, y también la reproducción de una lógica de invisibilización o marginalización de los individuos directamente implicados, como el caso de los manifestantes indígenas, frente a la autoridad de las voces «institucionales». Efectivamente, las voces del «oficialismo» (es decir, de los actores del Poder Ejecutivo, los congresistas apristas y las fuerzas del orden) presentan discursos y reflexiones con los que puntualmente buscan descalificar la demanda política de los manifestantes indígenas, calificándola de «complot antisistema» o de práctica «ilegal». En ese sentido, el texto nos permite intuir cuánto facilitó la prensa la difusión de una particular visión de la manifestación, no solamente al reportar las palabras de las partes «oficialistas», sino también al darle una presencia particular. Este efecto ha permitido la consolidación de una percepción negativa de la protesta en la opinión pública nacional. De esta manera, las declaraciones públicas de los representantes indígenas, en vez de asumidas como voces propias, terminaban por ser leídas e interpretadas según los parámetros propuestos por el «oficialismo» y, por lo tanto, eran consideradas como pruebas de una posición «peligrosa» y «sediciosa», «antisistema» e incluso «terrorista».

Felicito nuevamente a José Saldaña y a Julio Salazar por su aporte en el estudio del caso y los animo vivamente a continuar sus investigaciones y escritos para ampliando aún más el diálogo entre los estudios sociales y los enfoques de derecho.

8 Saldaña Cuba, J., y Salazar Delgado, J. (2018). Discursos criminalizadores sobre la otredad indígena en medios de comunicación escrita durante el Baguazo (2009) (sección 6.1.). En *Anuario de investigación del CICAJ 2017*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ); Departamento Académico de Derecho (DAD); Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Agradecemos los generosos comentarios de la profesora y antropóloga Silvia Romio. Estos resultan particularmente importantes pues se trata de una investigadora que ha seguido el caso durante varios años. Con respecto a sus aportes, nos enfocaremos en dos puntos relevados por ella. El primero tiene que ver con la movilización de imágenes y creación de imaginarios colectivos para la exclusión y criminalización de la protesta indígena. El segundo, con la metodología utilizada para llevar a cabo el análisis crítico del discurso (ACD) de la prensa escrita.

Vivimos en un tiempo en el que diversas expresiones ciudadanas de protesta vienen dándose como consecuencia de las crisis económicas, sociales y ambientales. En el Perú, uno de los ejemplos más dramáticos de esta tensión se da con los conflictos ecoterritoriales, es decir, por las disputas por territorios ricos en recursos naturales sobre los que inversionistas y población local guardan interés, sea para explotarlos a gran escala o para conservarlos como sustento económico, organizador social y espacio de realización cultural. En el marco de estos conflictos, se despliegan discursos con características y objetivos que nos interesa analizar para comprender la forma en que se produce la legitimidad del accionar represivo del Estado.

Por esa razón, nos parece interesante el aporte de los autores citados por Romio. Por un lado, Gramsci desarrolla el concepto de hegemonía para explicar cómo determinados argumentos y axiomas son instalados en la opinión pública y posteriormente utilizados en estrategias políticas. Es curioso que el concepto, pese a que fue elaborado para distinguirlo de la dominación por la fuerza, en el caso que nos atañe sirva precisamente para entender la legitimidad de la acción represiva que culminó con varias decenas de personas muertas. En un escenario en el que los medios de comunicación masiva forman parte de estructuras oligopólicas y juegan un rol político, parece imprescindible dar cuenta de sus producciones discursivas y la forma como legitiman determinadas visiones de desarrollo y la propia violencia del Estado, como en el ejemplo de las columnas de opinión de Alan García.

Por supuesto, la prensa escrita no fue el único medio de generación y difusión de estos discursos. Como hace notar Romio en sus trabajos sobre el Baguazo, se generaron videos, imágenes, fotografías y otros productos con distintas técnicas para reforzar esos discursos criminalizadores de matriz colonial. Los imaginarios colectivos que surgen a partir de esta producción llevan al extremo las diferencias sociales y remueven prejuicios históricos instalados, construyendo una alteridad radical de los pueblos indígenas como enemigos o criminales. Aquí nos parece pertinente recomendar como agenda de investigación la articulación de estos discursos con la actividad jurídica, especialmente el derecho penal encargado de castigar los delitos.

Finalmente, en relación con la metodología, esta diversidad de fuentes nos invita también a pensar en llevar a cabo ACD más allá de los textos escritos. Existen algunos análisis semióticos de portadas de diarios durante el conflicto amazónico; y se ha escrito, también, sobre el video publicitario que emitió el Ministerio del Interior al día siguiente de la masacre, en el cual califica a los indígenas como bárbaros y asesinos. Lo concreto es que el análisis del discurso permite trascender la mirada textual e invita a realizar investigaciones interdisciplinarias.

Con la metodología del artículo, efectivamente, se encara directamente ese reto interdisciplinario. Los autores tenemos formación distinta (Derecho y Antropología) y eso nos comprometió desde el inicio a diseñar una metodología diversa: recogimos evidencia periodística para luego sistematizarla, asistimos a las audiencias del proceso de Curva del Diablo, visitamos los lugares de los hechos, realizamos entrevistas, etc. Luego, en la etapa más analítica, propusimos categorías de los discursos criminalizadores por medio de la identificación de sujetos hablantes, pilares del discurso, caracterizaciones *nosotros/ellos* y la intensificación de la criminalización, lo cual puede servir de matriz para posteriores análisis.

Nos parece que uno de los retos pendientes en términos metodológicos gira en torno al análisis del derecho como un discurso antes que como una técnica o como una ciencia. En los casos de conflictos ecoterritoriales, hay que identificar, por ejemplo, la forma en que los valores constitucionales (democracia, Estado de derecho, soberanía nacional) operan en las realidades e imaginarios de nuestra sociedad, develándose como dispositivos de poder que activan la maquinaria represiva del Estado. Por cierto, nos interesa mostrar también —lo cual no se lleva a cabo en el artículo— cómo determinados discursos jurídicos forman parte también de las estrategias de defensa territorial de los pueblos indígenas. La gramática de los derechos humanos a través de la consulta previa, los derechos al territorio y la jurisdicción indígena fueron claves para cuestionar los decretos legislativos y jugaron a favor de los pueblos amazónicos.

Nos gustaría concluir remarcando la relevancia actual de este tipo de investigaciones. La deslegitimación de los movimientos sociales para justificar su represión como estrategia de los poderes *de facto* y del Estado permanece y se agudiza con el paso del tiempo. En julio del 2017 el Ministerio del Interior calificaba al gremio de maestros del Perú como radicales y extremistas; y los asociaba a grupos terroristas, en un ataque sistemático y sostenido que terminó restándole legitimidad frente a la opinión pública. A fines del 2017, marcharon miles de jóvenes contra el indulto ilegal a Alberto Fujimori y fueron duramente reprimidos por la policía al tiempo que fueron tildados de desinformados, ideologizados y extremistas. Esta es otra muestra de una estrategia de estigmatización que se reproduce y se perfecciona con el tiempo.

SOBRE LOS AUTORES

Hugo Arbieta Alfaro

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue asistente del curso de Legislación Tributaria (2016-II), así como del Seminario de Integración de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la PUCP. Participó del curso de Derechos Fundamentales y Globalización de la Universidad Complutense de Madrid. Asimismo, ejerció funciones como director de la Comisión de Economía y Financiamiento de la asociación civil Derecho & Sociedad (2014-II).

Diego Campos Skamperle

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, labora en la Gerencia de Compliance RR. HH. y Gestión de Terceros de Telefónica del Perú S. A. A. Fue asistente de docencia del curso de Derecho Laboral Especial en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Resultó ganador de la beca del Programa de Intercambio y Movilidad Académica (PIMA), por la Universidad de Sevilla. Fue miembro del Consejo Directivo de la Asociación IUS ET VERITAS.

Betzabé Marciani Burgos

Abogada egresada de la Facultad de Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha. En la actualidad, es profesora asociada del Departamento de Derecho de la PUCP.

Julio Salazar Delgado

Estudiante de Antropología de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sus temas de investigación involucran los conflictos socio-ambientales y la antropología jurídica. Se desempeña como asistente de investigación y es miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional.

José Saldaña Cuba

Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es activista de derechos humanos e investigador en temas de acceso a la justicia en el contexto de industrias extractivas. Es miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional.

María Ángela Sasaki Otani

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursó estudios de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Andina Simón Bolívar, donde obtuvo el Diploma Superior en Integración Regional y magíster en Derecho Internacional Económico. Fue becaria de la Freie Universität Berlin y del Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Derecho Comparado. Realizó el Programa de Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Es doctora por la Universidad Complutense de Madrid. Trabajó como funcionaria internacional en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como abogada asesora de la Magistratura del Perú y como abogada de la Presidencia de dicha corte internacional. Es profesora de los cursos de la plataforma virtual de la Academia Diplomática del Perú y de la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: TAREAGRAFICA@TAREAGRAFICA.COM

PÁGINA WEB: WWW.TAREAGRAFICA.COM

TELÉF.: 332-3229 FAX: 424-1582

MAYO 2018 LIMA - PERÚ