

GORKI GONZALES editor

CARLOS CARO
JULIETA ESTREMADOYRO
MARISOL FERNÁNDEZ
GORKI GONZALES
CÉSAR LANDA
RENÉ ORTIZ
ELIZABETH SALMÓN
SANDRA SEVILLANO



derecho
y ciudadanía

ensayos
de interés
público



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2002

"LO PRIMERO QUE HAY que valorar en el presente trabajo colectivo es, precisamente, la transparencia y el abierto compromiso de los autores con los valores de la democracia por los que se apuesta (...).

Pero el compromiso no basta. Un trabajo académico tiene además otras apuestas. La idea del interés público, como herramienta para repensar el derecho, es la piedra de toque de un desarrollo también original actuante en cada uno de los textos aquí desarrollados. La clave de esta propuesta radica en reconocer el interés público como enfoque útil para la reflexión académica en el derecho: una perspectiva que en sí misma propicia un tipo de investigación vinculada intensamente con la realidad social de la cual, a su vez, se nutre (...).

Nuestra Facultad, comprometida en la tarea de hacer del Derecho una herramienta que consolide el sistema democrático, no puede sino aunarse al esfuerzo colectivo de esta obra y brindar, a través de los profesores que en ella participan, un aporte a lo público que es interés de todos (...)."

Se trata, sin duda, de un trabajo orientado a "contribuir a que la sociedad civil asuma el importante papel que en estos tiempos debe cumplir: participar en la construcción de un Perú distinto, en el cual los valores fundamentales y los seres humanos sean respetados".

(Del prólogo de Armando Zolezzi Möller)

DERECHO Y CIUDADANÍA:
ENSAYOS DE INTERÉS PÚBLICO

GORKI GONZALES editor

**CARLOS CARO
JULIETA ESTREMADOYRO
MARISOL FERNÁNDEZ
GORKI GONZALES
CÉSAR LANDA
RENÉ ORTIZ
ELIZABETH SALMÓN
SANDRA SEVILLANO**

**derecho
y ciudadanía**

**ensayos
de interés
público**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2002**

Derecho y Ciudadanía: ensayos de interés público

Editor : Gorki Gonzales

Primera edición: mayo de 2002

© Copyright 2002 por el Fondo Editorial de la Pontificia

Universidad Católica del Perú

Plaza Francia 1164, Lima 1

Teléfono: 330-7410

Telefax: 330-7411

E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Corrector: Hernando Burgos

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso del editor.

Depósito Legal: 1501052002-2126

ISBN: 9972-42-469-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Prólogo	9
1. Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción / <i>Gorki Gonzales</i>	13
2. Derechos de los contribuyentes y acciones de interés público: hacia una nueva forma de protección ante la actuación estatal / <i>Sandra Sevillano</i>	41
3. Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos / <i>Elizabeth Salmón</i>	79
4. Repensando el interés público desde una perspectiva de género / <i>Julieta Estremadoyro</i>	99
5. Violencia de género y acoso sexual: ¿qué se puede hacer desde el derecho de interés público? / <i>Marisol Fernández</i>	135
6. Observación electoral e interés público en el Perú / <i>César Landa</i>	157
7. La educación universitaria como objeto de protección de las acciones de interés público / <i>René Ortiz</i>	177

8. Interés público, derecho penal y poder de policía /
Carlos Caro 207
9. Interés público y legitimidad del Poder Judicial /
Gorki Gonzales 251

PRÓLOGO

La investigación académica no es una actividad desprovista de compromisos. Los investigadores lo saben y, lamentablemente, es frecuente que intenten ocultarlo. Sin embargo, los ojos de un lector equilibrado y medianamente enterado del tema que está leyendo, pueden descubrir lo que se trata de ocultar o se pretende pasar por desapercibido. La última década ha sido pródiga en este tipo de intentos y refleja, así lo estimo, parte de la crisis moral de nuestros tiempos.

Lo primero que hay que valorar en el presente trabajo colectivo es, precisamente, la transparencia y el abierto compromiso de los autores con los valores de la democracia por los que se apuesta. Se trata de un esfuerzo que denota una visión compartida: el derecho como herramienta —según los términos de Gorki Gonzales— para construir la democracia, como espacio desde el cual es posible generar ciudadanía, en suma el interés público como ámbito construido por la sociedad civil, gestado para el ejercicio de sus derechos y no como voluntad gubernamental amparada, no pocas veces, en una estrecha y tramposa idea de la «razón de Estado».

Pero el compromiso no basta. Un trabajo académico tiene además otras apuestas. La idea del interés público, como herramienta para repensar el derecho, es la piedra de toque de un desarrollo también original actuante en cada uno de los textos

aquí desarrollados. La clave de esta propuesta radica en reconocer el interés público como enfoque útil para la reflexión académica en el derecho: una perspectiva que en sí misma propicia un tipo de investigación vinculada intensamente con la realidad social de la cual, a su vez, se nutre.

La esfera de lo institucional tiene en la noción de interés público un ámbito de incidencia y desarrollo fundamental. En efecto, la versatilidad del enfoque de interés público permite la reflexión en tópicos como el acoso sexual y la perspectiva de género, a cargo de Marisol Fernández y Julieta Estremadoyro. Y los arribos de esta argumentación hacen posible sostener por esta última que el logro de la ciudadanía para cualquier sujeto se define y está en relación con lo público. «Este es el espacio donde se conquistan y se ejercen los derechos. Se cambian las políticas públicas, se negocian las reformas».

La legitimidad de este espacio sólo es legible en los términos de la democracia y el Estado de Derecho. Y en este esquema —como advierte César Landa— «se pondera el carácter cívico de la observación electoral como un derecho fundamental derivado de la democracia participativa. Desde esta perspectiva social y ciudadana se puede plantear que hay no sólo derechos fundamentales, sino también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional».

En esa misma dirección, Carlos Caro, frente a un tema tan urgente en nuestro país como el de la policía, advierte sobre la necesidad de poner de relieve los fundamentos democráticos de la función policial. La investigación, le permite al autor sostener que, «la crisis de la institución policial abre una serie de espacios para la participación ciudadana mediante acciones de interés público, participación ciudadana que incluso es deseada por el propio órgano policial».

Por su parte, René Ortiz, sin ocultar su crítica al discurso ideológico e interesado de los que califica como los «nuevos liberales», afirma que «la educación nunca ha dejado de tener un carácter público porque atañe a todos la formación de las generaciones futuras, pese a la monserga de los nuevos liberales». De este modo, «los cauces jurídicos que ofrecen las acciones de

interés público deben ser aprovechados por la universidad y por los ciudadanos del siglo XXI para restablecer, cuando sea necesario, los derechos inherentes a la educación universitaria» en un Estado Democrático.

En un Estado democrático la creación y la recaudación de tributos, así como la administración de los recursos, se convierte en un asunto de interés público. Como precisa Sandra Sevilla «no se puede pensar en un Estado respetuoso de los derechos de sus ciudadanos sino se imponen obligaciones pecuniarias justas y equitativas, además con un sustento técnico que garantice una adecuada distribución de la carga tributaria. Este es el reto más importante que debe asumir cualquier acción de interés público». No tengo duda que combatir la evasión tributaria y evitar que los que más tienen, amparados en su poder económico, vinculaciones o en su capacidad de negociación, dejen de cumplir con sus obligaciones para con el país es un tema de interés público.

Argumentado desde el interés público, Gorki Gonzales incide en uno de los temas más importantes de la agenda pública de toda nuestra historia republicana: el Poder Judicial. La tarea de los jueces en una democracia —advierte— «está incluida como parte del propio sistema de legitimidad institucional, en tanto los fallos o resoluciones permiten que los mecanismos de ese sistema cobren vida en forma permanente y dinámica». Esta reflexión permite afirmar que «la función jurisdiccional vincula la agenda ciudadana con las instituciones políticas del Estado, pues las resoluciones son, en última instancia, elaboraciones basadas en los principios políticos fundamentales de la sociedad». Por lo tanto —concluye este ensayo—, «el margen de estabilidad social y la firmeza de las coordinadas institucionales del sistema democrático tienen en las resoluciones judiciales una fuente central de legitimidad».

Más allá del ámbito intraestatal, el interés público es una noción que se encuentra también presente en la esfera internacional. Se trata de los valores que vinculan al conjunto de Estados y otras entidades que componen la sociedad internacional. De esta manera —en opinión de Elizabeth Salmón—, «el concepto

mismo de interés público resulta del consenso en torno a intereses que la comunidad internacional, así compuesta, considera vitales para su propia supervivencia o cuya violación afecta a la comunidad internacional en su conjunto». Es posible redimensionar entonces nociones tan básicas para la vida de los Estados como la del orden público internacional. Ahora es posible afirmar que «éste no se limita a las normas de *ius cogens*, sino que se refiere al conjunto de normas mínimas que regulan la convivencia de la comunidad internacional».

El presente volumen, se inscribe en el marco de acción del Proyecto «Acciones de Interés Público» que desde 1997 viene activándose en cooperación con la Universidad Diego Portales de Chile y con el auspicio de la Fundación Ford, cuya responsabilidad en nuestro país está a cargo del profesor Gorki Gonzales. Él mismo ha tenido la acertada idea de proponer y conducir, en calidad de editor, la obra que ahora se presenta a la comunidad académica del país.

Nuestra Facultad, comprometida en la tarea de hacer del Derecho una herramienta que consolide el espacio democrático, no puede sino aunarse al esfuerzo colectivo de esta obra y brindar, a través de los profesores que en ella participan, un aporte a lo público que es interés de todos.

Finalmente, estimo que esta obra contribuirá a que la sociedad civil asuma el importante papel que en estos tiempos debe cumplir, cual es el participar en la construcción de un Perú distinto, en el cual los valores fundamentales y los seres humanos sean respetados.

Armando Zolezzi Möller

Decano de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

INTERÉS PÚBLICO E INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA: INVESTIGACIÓN PARA LA ACCIÓN

GORKI GONZALES*

1. Presentación
2. El interés público como problema
 - 2.1. Interés público e interés del Estado: breve crónica de una expropiación
 - 2.2. Lo *público* para repensar el interés
 - 2.3. Interés público y derechos humanos: definiendo posiciones
 - 2.4. Interés público y enfoque de género: espacios por construir
3. La polivalencia táctica del interés público: una caja de herramientas
 - 3.1. Interés público y policía democrática
 - 3.2. Interés público, enfoque de género y derecho
 - 3.3. Interés público, participación ciudadana y enseñanza del Derecho
 - 3.4. Interés público, transparencia presupuestaria y gobernabilidad
4. El interés público en la agenda político-institucional: roles y protagonismos en un escenario común

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Coordinador de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la misma universidad.

- 4.1. Las investigaciones en materias de interés público y la agenda política: una relación mediata
- 4.2. Las investigaciones en materia de interés público y su propia agenda política
5. El interés público como estrategia y su repercusión social
 - 5.1. La información como bien de interés público
 - 5.2. Enseñanza del Derecho e investigación en interés público: un nuevo escenario de relevancia social
 - 5.3. La legitimidad para la defensa del interés público
6. La investigación para la defensa del interés público: coordinadas para fortalecer la institucionalidad
 - 6.1. Coordinar para identificar problemas y definir temas
 - 6.2. Comparar para enriquecer estrategias metodológicas y perspectivas teóricas
 - 6.3. Coordinar para desarrollar estrategias de comunicación
 - 6.4. Formular una disciplina de evaluación
 - 6.5. Impulsar experiencias replicables

1. Presentación

El presente trabajo¹ busca identificar las razones que justifican la perspectiva de las investigaciones en materias de interés público. En esa dirección, se advierte que la diversidad y complejidad temática que involucra este tipo de reflexión alberga una hipótesis común: el interés público como herramienta conceptual de gran valor estratégico para la articulación de la institucionalidad democrática en el Estado constitucional.

El punto de partida de este itinerario repasa en el significado atribuido a la noción *interés público*, y en la lógica de contribuir a identificar los ejes de este debate conceptual se explora el espacio compartido por los derechos fundamentales y el propio interés público. No puede ser ajeno a este análisis el enfoque de género, cuya relevancia teórica y aporte estratégico para el desarrollo institucional es fundamental en las democracias contemporáneas, es decir, en el mismo escenario al que se remite la noción interés público.

Nuestra perspectiva entiende el interés público como una caja de herramientas, útil para el trabajo de reflexión teórica y también para la acción práctica en distintos ámbitos. Se resalta, por ello, la polivalencia táctica del interés público. Es decir, su vínculo sustancial con el Estado constitucional, pero asimismo su funcionalidad para el desarrollo de acciones orientadas a la defensa de derechos y afirmación de la institucionalidad democrática.

Las ideas finales apuntan a discutir el impacto de las investigaciones en la agenda política. Es decir, a los posibles vasos comunicantes que pueden hacer de las investigaciones en materias de interés público un insumo para la formulación de políticas públicas, así como para la inserción del conocimiento adquirido

¹ Esta es una versión actualizada para el presente volumen. Originalmente este artículo fue publicado en *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 41-60.

en las organizaciones de la sociedad civil y los factores que obstaculizan este tránsito.

2. El interés público como problema

La noción *interés público* se presenta como una gran interrogante: valorada para el desarrollo de las instituciones del sistema democrático, pero a la vez impregnada aún —en muchos casos— del aliento que reduce sus implicancias al ámbito de lo estrictamente estatal. En efecto, ¿cómo entender la relación entre el interés público y los derechos fundamentales? Es decir, ¿qué aspectos contemplados por el interés público no están ya considerados por los derechos fundamentales?; o bien, ¿qué tanto espacio provee esta noción a enfoques teóricos o formas de argumentación que han propiciado cambios en el ordenamiento legal y en la propia percepción judicial, por ejemplo, la perspectiva de género? Es visible, entonces, la presencia del interés público como la plataforma hacia la que concurren todas estas interrogantes. Por esta razón, definir su contenido es una tarea previa.

2.1. Interés público e interés del Estado: breve crónica de una expropiación

De larga tradición y recurrente uso, el interés público es una de aquellas nociones expropiadas por el influjo de *lo estatal*. En tal sentido, la ambigüedad de su contenido guarda una doble y estrecha relación con el origen y desarrollo del Estado moderno. En efecto, mientras el Estado aparece como una poderosa entidad —unitaria y abstracta— capaz de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas en favor de los ciudadanos, a través de sus órganos;² *lo público* —originario en la comunidad— se perfila, sin embargo, como un aspecto dimanante de la voluntad política estatal: una noción que cobra vida, curiosamente, a través de la voluntad concreta —gracias al Derecho— de quienes actúan en

² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 11.

nombre del Estado, con la misma autoridad de este. El interés público se presenta así como pura razón de Estado.

Pero en su desarrollo la entidad estatal no podrá erigirse con la misma claridad como realidad política operante. El impacto del pluralismo social y político, la construcción de centros de poder alternativos en la sociedad civil, el desarrollo de la jurisdicción supraestatal, en suma, erosionan la supremacía y unicidad de la voluntad estatal,³ impactando sobre la identidad del interés público. Y con ello, la actuación de los representantes estatales —distante de este proceso— se confundirá más con el auspicio de intereses concretos, coyunturales, vinculados a los regímenes políticos. En este contexto el interés público terminará diluyéndose al interior de estos intereses concretos.

2.2. Lo público para repensar el interés

Si el estado de la cuestión antes visto define el interés público a partir de su estatalidad —con el riesgo implícito de legitimar intereses subalternos y coyunturales—, es posible preguntar entonces ¿cuál es el contenido al que deberíamos remitirnos para bosquejar el modelo que se pretende armar?⁴

Como se ha dicho, el Estado moderno se encargó de expropiar *lo público* del seno de la comunidad y terminó absorbiendo su contenido, determinándolo y confundiendo con este. Quizás en este punto se encuentre el núcleo del problema y el argumento para su superación.

En efecto, *lo público* se define como el espacio en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidad compartida. Se trata de un procedimiento deliberativo que permite confrontar y articular las distintas visiones de la ciudadanía en torno a tópicos que atañen al conjunto. Asuntos que, en términos generales, hacen referencia

³ L. cit.

⁴ Esta pregunta es crucial para dar respuesta a la posible dicotomía que podría enfrentarse al tratar la noción *interés público*, en lo que se refiere a los instrumentos que este provee para la investigación. Dependiendo del modelo de referencia, el interés público puede propiciar nuevos instrumentos, pero también puede remitirnos a viejos instrumentos de análisis.

a las instituciones y valores de la comunidad: la definición de las reglas del sistema político y los derechos; los criterios para la asignación de cargas y beneficios; la determinación de los principios que regirán los mecanismos de solución de conflictos, por ejemplo. *Lo público*, así, estaría delimitado por dos niveles: i) se trata de un espacio deliberativo, en donde lo procedimental, define su carácter; ii) los asuntos sobre los que se delibera, siendo de interés general, constituyen parte del marco institucional, por lo tanto, deberán tener incidencia en la agenda política.

De lo dicho, se puede desprender que, aun en el caso de realidades marcadas por la pluralidad y la fragmentación social⁵ —como se observa, en mayor o menor medida, en algunos de nuestros países de Latinoamérica— el carácter procedimental de lo público puede servir de soporte para que la diversidad en cuestión tenga voz propia en el escenario político-institucional. De otro lado, *lo público* lleva consigo un valor estratégico pues está destinado a orientar la labor de los gobernantes en pos de modelar el sistema jurídico-político. *Lo público* se convierte así en una instancia de mediación entre la sociedad civil y el Estado.⁶

En síntesis, el sentido asignado a *lo público* en la perspectiva propuesta se refiere a la posición atribuida a la comunidad. De este modo, a diferencia de la construcción del interés público identificado con el interés del Estado, en el enfoque propuesto es la pluralidad de individuos que conforman la comunidad la que alberga *lo público*. En segundo lugar, se trata de una posición jurídico-política porque ella misma involucra en su desarrollo las normas y principios de organización del sistema social en su conjunto.

⁵ Una *sociedad fragmentada* es aquella «en la que sus miembros encuentran grandes dificultades para identificarse con su sociedad política como una comunidad. De donde surge un círculo vicioso: más impotente se siente el ciudadano, más se reconoce en una lógica de atomización, menos participa (...) “El gobierno se percibe como impenetrable, los gobernados como impotentes”. La consecuencia de ello es la no participación y la inacción». Ver PATRÓN, Pepi. «Lo viejo y lo nuevo de los espacios públicos en el Perú». En *Ciudadanos en la Sociedad de la Información*. GIUSTI, Miguel y María Isabel MERINO (eds.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 51.

⁶ PATRÓN, Pepi. «Democracia y espacios públicos». *Cuestión de Estado*, N° 18, Lima, junio - agosto de 1998, pp. 63-67.

Por ello, reconocer el desarrollo de *lo público* como un interés compartido por la comunidad, es vital para la existencia y fortalecimiento de las instituciones político-jurídicas, central para el desarrollo de una democracia participativa y pluralista y necesario para dotar de legitimidad al poder del Estado.

2.3. Interés público y derechos humanos: definiendo posiciones

El debate planteado en torno a la relación del interés público con los derechos fundamentales ha sido materia de diversos enfoques. Las posiciones más extremas, sugieren interrogantes que bien podrían formularse en los siguientes términos: ¿Los derechos humanos se refieren únicamente al conjunto de derechos así reconocidos en los instrumentos o catálogos internacionales? ¿Cuál es el aporte de la noción *interés público* a los derechos humanos? ¿Interés público y derechos humanos resultan nociones equivalentes o, de lo contrario, en qué se diferencian?

De primera intención, los derechos fundamentales pueden definirse como el conjunto de atribuciones jurídicas (libertad, igualdad, dignidad) a las que se asigna la función de actuar como mecanismos para la defensa de intereses (exigencias o aspiraciones), cuya importancia es sustantiva para la realización de las personas y, a partir de ello, promover el funcionamiento del sistema jurídico-político. Los derechos fundamentales cumplen, entonces, una doble finalidad: i) son un núcleo de garantías de los valores básicos (libertad, igualdad, dignidad) e intereses de las personas; ii) cumplen una función clave para la vigencia del ordenamiento político y para la legitimidad del ejercicio del poder del Estado.

Es posible sostener que existe un nivel de complementariedad entre la perspectiva de los derechos humanos y el interés público. Así, lo público genera un procedimiento de deliberación ciudadana con incidencia positiva y directa en las instituciones del Estado, pero implica a su vez la puesta en marcha de mecanismos necesarios para vincular a los ciudadanos —que es desde donde se activa el interés público— con la institucionalidad emergente. Estos mecanismos —léase instituciones— son los de-

rechos fundamentales, núcleo de garantías cuya entidad es reconocible pero —como se ha visto— no por ello desvinculada del interés público.

Quizás, habría que asumir el carácter complementario en un sentido recíproco. En efecto, en su ejercicio los derechos fundamentales se impregnan de la carga política del interés público, porque de su vigencia depende el fortalecimiento o erosión del Estado constitucional. De este modo, los derechos fundamentales son, a su vez, la bisagra que permite integrar plenamente los principios que rigen el ordenamiento político —léase interés público—, con la función de los poderes del Estado orientada a la protección y defensa de tales derechos.

Al final, la relación entre interés público y derechos fundamentales produce una recíproca e inevitable influencia que genera un espacio compartido: el sistema jurídico-político. Mientras lo público permite su articulación desde la sociedad civil, los derechos fundamentales lo justifican y legitiman.

2.4. Interés público y enfoque de género: espacios por construir

La construcción de instituciones públicas que representen los intereses y aspiraciones de las mujeres, incorporando su identidad en la agenda estatal, es un esfuerzo cuya comprensión adquiere particular vinculación con el desarrollo histórico de nuestros países.

La sociedad estamental vigente en los países de Latinoamérica hasta principios del siglo XIX, prefigura la existencia de grupos étnicos o categorías sociales que ocupaban un lugar preciso en el tejido social. Se trataba de una forma de organización social cuyo principio ordenador era la jerarquía y, derivado de ello, el establecimiento de privilegios. Se justificaba, entonces, que a cada grupo social correspondieran deberes y derechos particulares. De este modo, el sistema legal del virreinato ampara la existencia de privilegios sustentados en atributos como el lugar de origen, la familia de procedencia, la profesión, la cultura o el sexo, etc.⁷ A

⁷ FULLER, Norma. *Dilemas de la Femenidad. Mujeres de clase media en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 25-29.

diferencia de ello, el discurso del Estado moderno predica la igualdad y libertad de todos los miembros de la sociedad; en consecuencia, la jerarquía y la discriminación devienen inaceptables (injustas y autoritarias) como argumentos de ordenación social, pues atribuyen diferentes derechos en función de las diferentes categorías sociales o sexuales.

Sin embargo, como suele ocurrir, las declaraciones legales no son argumento suficiente para cambiar la realidad. Las supervivencias virreinales se abrirán paso impregnando el imaginario liberal, permitiendo en los hechos que en la república se delimitaran espacios y establecieran relaciones sociales profundamente tradicionales,⁸ en muchos casos marcadas por la discriminación y la jerarquía masculina.⁹

Así, la ciudadanía atribuida a los miembros del cuerpo social no tendrá arribos semejantes para hombres y mujeres. Para aquéllos la ciudadanía reposará en el plano de lo público, es decir, en el ámbito de la deliberación y del ejercicio de los derechos ciudadanos, reservando lo privado para el despliegue de sus derechos como individuo. Las mujeres, en cambio, serán identificadas con la esfera doméstica, este será su marco de referencia de lo *privado*. Lo masculino se prefigura por su consideración como sujeto en sí mismo, desvinculado en el discurso de condicionantes de tipo familiar o social. En cambio, la identidad femenina se define por la existencia de atributos biológicos: el rol reproductivo de la mujer la confina a la casa, interesa de manera excluyente su lugar en la familia, como madre a tiempo completo, antes que su desarrollo individual.¹⁰ La subordinación a dicho ámbito consume toda su posibilidad de desarrollo, de manera que su acceso a la esfera de lo público le será sumamente difícil.

De este modo, se busca poner en relieve la existencia o supervivencia de patrones culturales discriminatorios —contradicto-

⁸ TRAZEGNIES, Fernando. *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

⁹ FULLER, Norma. Ob. cit., p. 27.

¹⁰ RUIZ BRAVO, Patricia. «Una aproximación al concepto de género». En *Sobre género, derecho y dominación*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 137-140.

riamente recreados en el plano de los principios igualitarios de la modernidad—, que permiten la subordinación del papel de la mujer en la vida social: éste es el objetivo del enfoque de género. Por ello, develar el sentido de estas percepciones para establecer la incidencia del género en el modelo de ordenamiento social y político, es un esfuerzo que ha buscado desarrollar espacios autónomos en lo conceptual y estrategias de impacto político para avanzar en la construcción de instituciones públicas y derechos que otorguen contenido a los principios de igualdad y libertad.

No es extraño, entonces, que la relación entre el enfoque de género y el interés público proyecte tensiones e incertidumbres. Después de todo, dependiendo del contenido asignado al interés público, el enfoque de género puede perder protagonismo, al punto de terminar invisibilizado:¹¹ no hay que olvidar que esta misma interrogante se percibe en la interrelación del género con categorías tales como la exclusión social y de clase. Sin embargo, esta subordinación solo es admisible en un tipo de análisis determinista, que busca las respuestas totalizantes, soslayando toda argumentación posible a partir de los detalles conexos y las especificidades. Así, el resultado de esta óptica permitirá que las particularidades de la dominación étnica y de género, enfrentadas con la exclusión social o de clase, terminen atenuándose, diluyéndose o expresándose de un modo marginal.¹²

Alejado de esta visión determinista, el interés público sugiere, en cambio, una vinculación insoslayable¹³ con el enfoque de gé-

¹¹ Dice Verónica Matus: «Constato que la noción interés público no aparece a primera vista incluyente (*sic*) de los avances que en materias de género se han alcanzado. Las referencias en los documentos —se refiere a las investigaciones en materias de interés público— de los proyectos que no son específicamente de mujeres vuelven a poner el género en compañía de los niños, los indígenas, entendiendo que es prácticamente accesorio respecto de lo principal: el interés público». (Comentario posterior al *Taller*, remitido a la Fundación Ford vía correo electrónico. El texto me fue proporcionado por Augusto Varas)

¹² RUIZ BRAVO, Patricia. Ob. cit., p. 146.

¹³ Esta posición ha sido nítidamente sostenida por PROVOSTE, Patricia y Patricia SILVA en «Acciones de interés público por la no-discriminación de género». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Ciudadanía e Interés Público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 8, p. 40. Textualmente se afirma: «Si aceptamos que las acciones de interés público tienen una directa relación con los conceptos de democracia participativa y de ciudadanía, la

nero. El espacio en el que se definen las instituciones político-jurídicas del sistema (léase interés público) requiere del enfoque de género, pues a través de él se alude a las construcciones socioculturales, históricas y psicológicas, así como a las relaciones que se establecen a partir de esas construcciones. Esto en conjunto incide en la forma como se organiza la sociedad y el poder político. Por ello, lo público no podría gestarse obviando las relaciones de género, sin alterar o falsear las premisas sobre las que se configura el sistema jurídico-político. El enfoque de género ha de permitir que el proceso de deliberación ciudadana tenga un marco de referencia más específico para entender las relaciones sociales y, de este modo, se produzca el insumo para contrarrestar y corregir —como parte del mismo proceso— los patrones y modelos sociales de dominación y subordinación.

Asimismo, si las relaciones de género son un componente principal de la estructura social, es de interés general que la particularidad de este tipo de subordinación deje de ser un asunto estrictamente del género femenino. La noción de interés público puede servir, en este sentido: i) como vehículo para que el acceso de las mujeres al espacio de lo público (instancias de ejercicio de liberativo y poder) no resulte una atribución sino un componente consustancial a su consideración como sujetos de derecho; ii) para permitir, además, que las particularidades de la discriminación por razón de género, ubicadas en el escenario de lo público, antes que resultar invisibilizadas resulten expuestas precisamente como un asunto de interés público, es decir, como un componente identificable del marco institucional del Estado.¹⁴

3. La polivalencia táctica del interés público: una caja de herramientas

Desmontado el andamiaje estatalista que prefigura lo público, se desvirtúan la imagen unidimensional y el sentido predetermina-

discriminación por razones de género es uno de los temas que no pueden estar ausentes de su campo de acción».

¹⁴ Ver BIRGIN, Haydee. «El Derecho en el Género y el Género en el Derecho». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 155-192.

do de su estructura. En otras palabras, lo público no será más la expresión de un interés —pretendidamente— abstracto y expropiado desde el Estado, ni sus fines podrán confundirse con el interés concreto de quienes gobiernan en nombre del Estado. La textura de la que se teje lo público tiene, en la perspectiva asumida, una consistencia más bien reticular. Queda atrás su apariencia sólida e impenetrable para adquirir una conformación dúctil y naturalmente permeable.

Lo público es un procedimiento instrumental, básico para la construcción de la institucionalidad democrática, articulado —gracias a su textura— por la participación ciudadana, la cual le da vida y dinamismo. Lo público tiene una perspectiva que se construye y afirma de manera cotidiana. No es posible entonces encasillarlo en el querer de un grupo, sector o ente específico. Pero tampoco se trata de diluirlo en fórmulas ambiguas, funcionales, en todo caso, para su utilización desde el ejercicio de poderes fácticos.

Esta capacidad de actuación simultánea en múltiples espacios, permite desprender una característica consustancial al interés público: su polivalencia. El interés público se expresa valorativamente como el lugar que refleja consensos activamente producidos. El resultado de este procedimiento se genera y tiene incidencia en todos los ámbitos del quehacer ciudadano. La polivalencia alude así a la capacidad de recoger esta multiplicidad en búsqueda de propiciar institucionalidad democrática. Precisamente esta virtud es la que explica que lo público pueda ser considerado como una instancia de mediación entre la sociedad civil y el Estado.

Ahora bien, la polivalencia ínsita para enfrentar realidades diversas, en su conformación y complejidad nos remite a otra dimensión. El interés público es un lugar valioso por sí mismo y por el contenido que lo integra: una caja de herramientas. Gracias a la versatilidad y pluralidad derivada del procedimiento que lo articula, el interés público es un ámbito que produce herramientas a la medida de las necesidades, pues son diversas las necesidades que lo conforman. Así, la defensa de derechos ciudadanos, tanto como las estrategias orientadas a preservar o reformar las instituciones político-jurídicas son inherentes a esta *funcionalidad*

del interés público. En todo caso, para precisar o describir mejor esta idea, es posible tomar algunos de los ejemplos en materia de investigación que han venido promoviéndose en países de Latinoamérica.

3.1. Interés público y policía democrática

El proyecto sobre Policía y Sociedad Democrática se inserta en la dirección anunciada.¹⁵ Se busca contribuir a la reforma de las fuerzas policiales para acercarlas a la comunidad, desmilitarizando su estructura, haciéndolas más eficientes, vinculando su actuación al respeto irrestricto de los derechos fundamentales.¹⁶ En suma, una reforma que aspire a forjar una policía democrática implica el fortalecimiento del sistema social y el Estado de Derecho: hablamos entonces de una exigencia de interés público. Desde esta última perspectiva —la del interés público— reformar la policía exige: i) el desarrollo de un trabajo¹⁷ que involucre a los actores sociales representativos de la comunidad en el proceso deliberativo; ii) que la toma de decisiones se desarrolle en un contexto que propicie consensos y exija definiciones en términos de agenda política. Exige en buena cuenta los dos ingredientes que identifican los niveles de lo público y que, por la naturaleza temática del asunto en cuestión —qué duda cabe de ello—, se vislumbra como de interés de la comunidad en su conjunto.

3.2. Interés público, enfoque de género y derecho

Del mismo modo, es de interés público que los operadores del derecho desarrollen su función de acuerdo a los valores del siste-

¹⁵ Este proyecto se lleva a cabo a través de una red de ONGs en Latinoamérica. Participan el Centro de Estudios del Desarrollo en Santiago de Chile, el Centro de Estudios Legales y Sociales en Buenos Aires, la asociación Viva Río en Río de Janeiro y el Instituto de Defensa Legal de Lima.

¹⁶ FRÜLINGH, Hugo. «Policía y Sociedad Democrática: Perspectivas de un proyecto en realización en Chile, Argentina, Perú y Brasil». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 219-228.

¹⁷ La implicancia política del problema investigado prevé el deslinde de las particularidades de cada realidad a partir de la investigación empírica y el análisis político-

ma constitucional. El alcance mayor de esta idea es la definición de un sistema de justicia orientado a garantizar de modo efectivo la preservación de los valores institucionales de la comunidad. Por lo tanto, la legitimidad de las reglas y procedimientos que delimitan la actuación de este sistema de justicia, resultará funcional a la observancia de los principios del sistema democrático y del Estado constitucional. En este orden de ideas no es suficiente la existencia de más derechos para desprender de ello su vigencia efectiva.¹⁸ Es preciso develar las razones, o mejor dicho las sinrazones, que desde el sistema jurídico-político obstaculizan el acceso de individuos o grupos sociales al reconocimiento de sus derechos. Un componente para lograr este gran objetivo es el enfoque de género. Desde esta particular aproximación se busca ir más allá de la idea de proponer catálogos de derechos que no se cumplen. La mira está puesta más bien en cuestionar el proceso de toma de decisiones, legitimado gracias a la cultura jurídica y a los métodos interpretativos de los operadores jurídicos: un proceso que antepone las formas a los principios del Estado de Derecho y convalida la discriminación. El objetivo común, por ello, atañe a un asunto de interés público, en tanto se busca reutilizar el insumo crítico obtenido en la perspectiva de construir patrones institucionales —cambio de leyes, pero también cambio de la cultura jurídica de los operadores— basados en los principios de igualdad y libertad para contribuir a la vigencia plena de los derechos fundamentales.

3.3. Interés público, participación ciudadana y enseñanza del Derecho

La particular relación entre interés público e institucionalidad democrática ha sido puesta en evidencia expresamente desde dos aproximaciones concurrentes: una dirigida al diseño de estrate-

institucional. En tal sentido, será preciso el desarrollo de estrategias para sistematizar las jerarquías y procedimientos del sistema policial que permitan comprender la dinámica interna y los esquemas justificatorios de su actuación. Este tipo de enfoque ha de producir insumos para la estrategia de capacitación y debe constituir un marco de referencia obligado para sensibilizar a los actores con poder de decisión en el escenario político.

¹⁸ BIRGIN, H. Ob. cit.

gias para la defensa de derechos económicos, sociales y culturales, impulsando la participación de la sociedad civil.¹⁹ De este modo, a la vez que se generan mecanismos auspiciados desde la sociedad civil, se produce un progresivo reconocimiento del interés público y un mejor funcionamiento del sistema democrático.²⁰ En la misma dirección, se propone un enfoque que, desde la educación legal, anticipa la necesidad de redefinir el ámbito del Derecho para promover el desarrollo de la institucionalidad desde la cultura jurídica, más allá de la generación de oportunidades y espacios para la defensa de los derechos en forma creativa y eficiente. Se postula, en tal sentido, una estrategia funcional a esta finalidad: el Derecho de Interés Público. Como punto de partida de este se asume que un abogado debe considerar las implicaciones sociales y políticas de los cambios que su actuación profesional puede provocar al reivindicar determinadas causas ante los distintos órganos de la administración pública. La dimensión del conflicto exigirá un esfuerzo importante por contemplar nuevas posibilidades de defensa o protección respecto del caso concreto, pero a su vez demandará la atención sobre el impacto institucional derivado de las articulaciones propuestas.

3.4. Interés público, transparencia presupuestaria y gobernabilidad

Finalmente, promover el acceso de la comunidad a los derechos y servicios básicos del sistema social implica la administración de la economía y el uso de los recursos públicos en un marco de control y responsabilidad política. Es preciso, por ello, que las políticas gubernamentales de gasto social se ordenen a partir del principio de transparencia en el manejo presupuestario.²¹ Esto

¹⁹ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. «Estrategias de los derechos económicos, sociales y culturales». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, p. 307.

²⁰ Ver SABA, Roberto y Martín BÖHMER. «Participación ciudadana en Argentina. Estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, p. 124.

²¹ BELTRÁN, Arlette. «La transparencia presupuestaria como un apoyo a la gobernabilidad: Análisis del Presupuesto Fiscal en Argentina, Chile y Perú». En *Rompiendo la*

hará posible ejercer un control más preciso sobre el impacto del gasto en los grupos destinatarios y sobre la razonabilidad de la asignación presupuestal a las distintas áreas involucradas (mujer, juventud, defensa, medio ambiente). Como es de verse, el centro de atención de esta línea temática es contextualmente de interés público: aportar en la definición de herramientas metodológicas y reglas (nivel normativo) útiles para lograr un sistema de asignación presupuestal eficiente y transparente, haciendo posible la participación de la sociedad civil (nivel de responsabilidad) en la supervisión o en el seguimiento y monitoreo de la efectividad de tales gastos. Se desprende un doble aporte institucional de esta línea de trabajo, en el ámbito de las normas que deben regir el sistema y en el ámbito de la responsabilidad atribuida a la comunidad: en ambos casos, se trata de dotar de legitimidad institucional al sistema en cuya virtud se establece el presupuesto.

Esta capacidad interdisciplinaria o de adaptación (léase polivalencia táctica) del interés público permite sostener que la fuerza estratégica o, si se quiere, la relevancia conceptual de las investigaciones en materia de interés público, radica en el espacio que habilita para la argumentación. Este ejercicio conforma *lo público* —a través de la deliberación ciudadana— y, en sí mismo construye institucionalidad. Precisamente, esta virtud del interés público: i) ha dado origen a una relación condicionante y recíproca (en tanto caja de herramientas) entre un marco teórico aún en desarrollo y la dinámica resultante de su actuación, y además; ii) ha permitido vincular el trabajo conceptual al desarrollo de estrategias para el fortalecimiento de la democracia y la institucionalidad de nuestros países.

4. El interés público en la agenda político-institucional: roles y protagonismos en un escenario común

Es verdad que el espacio albergado por lo público refleja principios y necesidades que deberían lograr inserción en la agenda

indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 229-250.

política. En realidad, el quehacer del Estado se desarrolla en un escenario común respecto de quienes son los portadores del interés público. Sin embargo, la dinámica del poder muchas veces impide que el interés público expanda su rol protagónico. La ausencia de instituciones públicas o su débil consistencia, la existencia de poderes fácticos capaces de anteponer intereses concretos a los de la comunidad —en suma, la cultura jurídica formalista—, hacen causa común para impedir que la voz del interés público tenga el eco esperado por la ciudadanía.

Como se observa, existe una dificultad de origen en el intento de conectar los resultados de las investigaciones en materia de interés público con el quehacer político. Y aunque en rigor, el ámbito de la producción teórica no se consolida, en cuanto tal, alcanzando incidencia en el plano del quehacer político, la particular estructura del denominado interés público podría aspirar a tener niveles de inserción en dicho ámbito. Su propia configuración, es decir, su polivalencia táctica, permite imaginar espacios de trabajo antes inéditos y, gracias a su perspectiva metodológica abierta,²² también sería posible desarrollar líneas de trabajo con la ambición de incidir en la agenda política. Es razonable, entonces, proponer una lectura que, sin desconocer las limitaciones antes descritas, matice sus alcances. Así, de las posiciones planteadas puede asumirse una doble perspectiva:

²² Enfatizando esta característica, la práctica ligada a las investigaciones en materias de interés público rompe la visión tradicional de lo jurídico abriendo la posibilidad de redefinir la acción procesal e involucrar nuevos temas en su propio terreno. Permite, en suma, la posibilidad de ensayar nuevas formas de aproximación a temas y problemas que antes sólo tenían respuesta desde la visión del interés privado. Como ejemplos, ver PAREDES, Paul. «Discriminación en el empleo, tras la política laboral de ajuste y estabilización de la economía (1991 - 1997). Justificación para más de una acción de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Ciudadanía e Interés Público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 8, pp. 63-79. También LÓPEZ, Luciano. «La protección del derecho a la tutela jurisdiccional: flexibilizando dogmas, repensando estrategias desde la perspectiva del interés público». Documento presentado al Foro *Entre la autocomposición y la autotutela*. Lima, mayo del 2001.

4.1. Las investigaciones en materias de interés público y la agenda política: una relación mediata

El impacto de las investigaciones en materias de interés público en la agenda política no está sujeto tanto al producto de la investigación, como a la variación de los condicionamientos externos. Estos de hecho pueden constituir obstáculos insalvables cuando vienen impuestos por regímenes autoritarios. Las investigaciones para la reforma del sistema policial constituyen un buen ejemplo de esto, especialmente en el caso peruano. Por ello, aceptar que el problema de la reforma policial es político antes que técnico, por ejemplo, no basta para que las investigaciones en torno a ese tema tengan un ingreso directo en la agenda política.²³

Sin embargo, el contenido estratégico del interés público, puede promover condicionamientos externos que contribuyan de diversas maneras para que el producto de las investigaciones en cuestión sensibilice a los actores políticos logrando —aunque parcialmente— niveles de inserción en la agenda política. En otras palabras, la relación mediata entre el interés público y la agenda política se enriquece o construye gracias al desarrollo de líneas de trabajo conexas a las investigaciones pero inherentes a la reflexión en temas de interés público: la convocatoria a los representantes políticos y grupos de la sociedad civil (asociaciones de vecinos, pobladores, empresarios, comerciantes, profesionales, estudiantes, etc.) por medio de publicaciones, coloquios, conferencias o bien, a través de la interposición de acciones públicas y judiciales etc., puede hacer propicia la confluencia de todos los intereses, inclusive los del régimen político, respecto de los que conciernen a las instituciones públicas en cuestión.

Por último, el condicionamiento externo puede tener su origen en la existencia de aperturas institucionales, permitiendo que el interés público se convierta en un vaso comunicante entre la socie-

²³ «Se trata de elaborar lo que podríamos llamar el programa de largo aliento para una reforma policial en el contexto de una sociedad democrática, aunque está aún no sea una realidad en el futuro inmediato de nuestro país». En NIEGO, Róger. Documento presentado en el Taller *Investigación en materias de Interés Público*, realizado en Santiago de Chile los días 25 y 26 de octubre de 1999, p. 1.

dad civil y el Estado. Precisamente, son las investigaciones en materia de discriminación en donde se puede percibir con mayor claridad esto último: en el caso peruano, la labor de la Defensoría del Pueblo, por ejemplo, ha comprometido el desarrollo de investigaciones, informes y recomendaciones para modificar políticas públicas en temas de violencia contra la mujer, derechos reproductivos y en materia de participación política de las mujeres.²⁴

4.2. Las investigaciones en materia de interés público y su propia agenda política

El vasto despliegue estratégico del interés público es posible gracias a que cuenta con su propia agenda. Lo público se refiere a los principios y valores básicos de la comunidad. Por lo tanto, la agenda en cuestión supone cierta actitud²⁵ —o compromiso ético—²⁶ para orientar la reflexión en los temas de interés público en pos de cumplir una función unificadora de las distintas herramientas teóricas y disciplinas involucradas en las investigaciones, y así poder lograr una finalidad instrumental, esto es, reafirmar la institucionalidad democrática.

En consecuencia, todo el proceso teórico-metodológico de las investigaciones en materias de interés público está concebido racionalmente para promover cambios en el sistema político-jurídico o para introducir reformas dirigidas a intensificar la consistencia de la institucionalidad democrática, pues éste es su centro de gravedad y, en buena cuenta, la *ratio* de su agenda.

Esta agenda se ubica en un espacio ajeno a los condicionamientos externos, no obstante —como se ha anticipado— de su

²⁴ Sobre el particular ver VILLANUEVA, Rocío. «Análisis de las normas y su aplicación desde una perspectiva de género». Documento presentado en el Taller *Investigación en materias de Interés Público*, realizado en Santiago de Chile los días 25 y 26 de octubre de 1999, p. 1.

²⁵ Ver Roberto SABA y Martín BÖHMER. «Participación ciudadana en Argentina. Estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos». Documento presentado en el Taller *Investigación en materias de Interés Público*, realizado en Santiago de Chile los días 25 y 26 de octubre de 1999, punto N° 4.

²⁶ Ver GARRO, Alejandro. «El acceso a la justicia y el Derecho de Interés Público», En: Justicia y Sociedad N° 2. Publicación semestral. PNUD, 1999, p. 51.

verificación se puedan generar contextos propicios para que el resultado de las investigaciones se integre a la agenda oficial.

5. El interés público como estrategia y su repercusión social

¿Es posible afirmar la existencia de una relación entre la mayor posibilidad de las organizaciones de la sociedad civil para proteger sus derechos a partir del conocimiento derivado de las investigaciones en materia de interés público?

Precisamente, la denominada agenda propia del interés público permite sostener —desde el punto de vista social— que el valor estratégico de las investigaciones en esta área deriva un producto comprometido con la defensa del propio interés público.

En realidad, esta es una materia en la que la estrategia para la acción es más bien consecuencia de un deslinde metodológico, pues el interés público presupone ya el debate para la acción.

5.1. La información como bien de interés público

Es posible distinguir una doble articulación entre la información derivada de estas investigaciones y la repercusión social de las mismas. El hecho es que la información, como tal, constituye un bien de interés público, especialmente en estos tiempos marcados por la importancia creciente del flujo informativo. Pero de otro lado, la información derivada de este tipo de investigaciones constituye un bien cuyo uso puede convertirse en una gran herramienta de acción para la defensa del interés público. Este tipo de impacto en los destinatarios y la utilización que éstos puedan hacer de la misma, es un primer elemento a considerar en la perspectiva más global de la repercusión social.

En efecto, desde el punto de vista social, el producto de las investigaciones en materias de interés público es importante porque permite romper hegemonías —en términos de información— respecto de temas que se presentaban como incontrovertibles (es el caso de la legitimidad para obrar, por ejemplo) o demasiado técnicos como para ser considerados de interés público,²⁷ per-

²⁷ Quién puede negar que es de interés público investigar cómo operan los organismos multilaterales tales como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desa-

mitiendo convocar a más interesados en el tema —es de recordar que la generación de conocimiento rompe prejuicios—, contribuyendo a redefinir los escenarios para una acción colectiva eficaz y, a partir de ello, permitiendo postular propuestas de cambio.

5.2. Enseñanza del Derecho e investigación en interés público: un nuevo escenario de relevancia social

Como se ha dicho, la información en este rubro es una herramienta básica para la acción. En este encadenamiento, la enseñanza del Derecho redefine su escenario teórico-metodológico. Al privilegiar la idea del Derecho más allá de su remisión mecánica a la norma escrita, la perspectiva del interés público provee, además, insumos sobre lo que se enseña y define metodologías para las dinámicas del cómo se enseña. Lo jurídico aparece como una herramienta impregnada de los otros ordenamientos sociales cuya finalidad instrumental no se agota en aportar a la solución de los conflictos de intereses privados. Y la dinámica de la enseñanza, en esta vía, se encausa en forma argumentativa, retroalimentando la teoría en función de la práctica (a través de casos diversos, por ejemplo, sobre discriminación, defensa del medio ambiente, reforzamiento de las instituciones públicas, defensa de los derechos económicos y sociales, etc.), para luego volver nuevamente a la realidad. Quizás es conveniente mencionar, adicionalmente, el papel que cumplen las clínicas jurídicas en acciones de interés público, pues dadas las características del trabajo desarrollado desde ellas es posible afirmar que constituyen un valor agregado al proceso de investigación en materias de interés público.²⁸

rollo, con el fin de establecer formas alternativas de participación de la sociedad civil en los esquemas de cooperación, junto con los gobiernos, reconociendo de este modo la necesidad de articular mayores consensos respecto de las políticas públicas respaldadas por la cooperación de dichos organismos.

²⁸ Para muestra me remito lo expresado a continuación: «Estamos convencidos de que a través del esfuerzo permanente por reformular las nociones y categorías jurídicas poco útiles para proteger adecuadamente los derechos de las personas —a partir de la defensa de casos concretos, la organización de foros de discusión y la promoción de investigaciones que promuevan la crítica y el uso del “enfoque” de interés público en el desarrollo de diversas áreas jurídicas—, es posible contribuir a la existencia de un cambio en la forma de mirar y ejercer el derecho, reforzar el desarrollo de jurisprudencia».

La perspectiva del interés público establece entonces una férrea asociación entre el resultado de las investigaciones y su proceso a través de las aulas, revela la enorme potencialidad del interés público en el tránsito hacia la construcción y apropiación de un paradigma instrumental, pensado para la acción, a través del conocimiento. Se trata de un escenario en el que los actores —en este caso futuros jueces y abogados— podrán cumplir, en el mediano plazo, una función esencial (papel multiplicador) orientada a fortalecer el papel de ciudadanía en la defensa del interés público.

5.3. La legitimidad para la defensa del interés público

Ampliar la perspectiva que restringe el ejercicio de los derechos en función de las leyes, así como desvincular la exigencia de los mismos a su habilitación legal, es la tarea que se propone la idea del interés público desde el plano de la defensa.

De las investigaciones en materia de interés público se desprende la necesidad de dar un mayor énfasis a los principios del ordenamiento constitucional, en busca de ampliar la plataforma que respalde la acción necesaria para defender el interés público: una lectura dinámica de la habilitación jurídica que permite, igualmente, la apertura de otros espacios donde el papel de la ciudadanía puede incidir centralmente.

No sólo acciones en el ámbito judicial, es necesario también, plantear la posibilidad de demandar de la administración pública un rol comprometido con la defensa del interés público, afirmando un principio de autonomía funcional —por ejemplo, en temas de educación o salud— que permita, más allá de lo previsto en los reglamentos, restablecer condiciones de supremacía necesarias para la realización del interés público, atribuyendo en cada caso de manera implícita las potestades que se precisan para su cumplimiento. Las estrategias para la vigencia de los derechos económicos y sociales bien podrían insertarse en esta lógica.

dencia comprometida con los valores del Estado constitucional, y contribuir de esa manera al fortalecimiento de la institucionalidad del sistema democrático». *Es de interés público. Boletín de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 2, agosto de 2001, p. 1.

En este contexto, que auspicia la ampliación de la legitimidad, junto al trabajo creciente de las clínicas jurídicas de acciones de interés público, el papel de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) es particularmente significativo, debido a su «(...) inserción comunitaria y (...) capacidad de articulación de la sociedad civil». Además, por su interacción constante con diversos sectores de la sociedad civil —incluidas otras ONGs—, «están en una mejor posición para prestar oídos y relevar los problemas sociales más apremiantes».²⁹ Son pues un mecanismo idóneo para canalizar la participación ciudadana. En todo caso, como ha sido advertido, también es posible detectar un conjunto de fortalezas en la labor de las clínicas jurídicas³⁰ que coadyuvan en la idea común de incidir socialmente para la defensa del interés público. En suma, esfuerzos complementarios a partir de las particularidades y perfiles de trabajo propios, pueden contribuir a incrementar los márgenes de la relevancia social como resultado de las investigaciones en materias de interés público.

6. La investigación para la defensa del interés público: coordinadas para fortalecer la institucionalidad

La producción de conocimiento y la acción eficaz para la defensa del interés público es, entonces, una relación que forma parte del eje de las investigaciones en esta materia. Sin embargo, para su articulación es preciso generar ciertas condiciones compartidas que se señalan a continuación.

²⁹ GONZÁLEZ, Felipe. «Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público». En *Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencias*. Santiago: Escuela de Derecho – Universidad Diego Portales, 1999, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 9, p. 45.

³⁰ Su funcional vínculo con la investigación (aunque esta es una línea que por cierto puede ser desarrollada desde las ONGs), la perspectiva interdisciplinaria del soporte teórico recibido desde la docencia, junto a otras cualidades que también se reflejan en el trabajo de las ONGs: la convocatoria en la comunidad jurídica, el impacto en el medio judicial, etc. Ib., p. 44.

6.1. Coordinar para identificar problemas y definir temas

La identificación de algún problema relevante, cuya probable respuesta contribuya a definir niveles de intervención estratégica en defensa del interés público, es la perspectiva a asumir siempre que se busque incrementar el desarrollo teórico de las investigaciones tanto como su impacto o relevancia política y social.

Como se ha visto, la investigación en temas de interés público no puede prescindir de las coordenadas provenientes de la sociedad civil. Este espacio previo o fase cero de la investigación, debe servir para definir los elementos de orden conceptual y social que involucran el problema, así como las herramientas con las que se puede contar inicialmente para definirlo. En esta etapa, entonces, se trata de generar las condiciones que más adelante permitan formular y otorguen consistencia al problema que será investigado y que, a su vez, permitan identificar los puntos de intervención con mayor claridad.

Este espacio se aprovecha del intercambio de experiencias y el conocimiento de las propias organizaciones que articulan esfuerzos orientados a la defensa de derechos y libertades públicas, así como al fortalecimiento de la institucionalidad democrática: ONGs, entidades representativas de la sociedad civil (colegios profesionales, sindicatos, asociaciones de vecinos o pobladores etc.). Es posible desarrollar diversas estrategias de consulta con estas entidades así como con jueces u otros funcionarios o especialistas.

La información que se derive de estas instancias tendrá un valor fundamental, pues su concreción y veracidad tendrán un impacto favorable en la consistencia del tema a investigarse. En otras palabras, se trata de contar con un soporte de información crítica que ayude a evitar la generalidad y que, a su vez, producto del intercambio, contribuya a fortalecer el contexto de los casos emblemáticos con cuya defensa, como ejemplo, será posible generar un impacto estratégico por la calidad de su incidencia y el efecto demostrativo que puede generar.

Adicionalmente, se haría posible la formación de equipos de trabajo multidisciplinarios. Estos podrían constituirse bajo la forma de redes temáticas. Pero también habría la posibilidad de ge-

nerar otro tipo de asociaciones funcionales al proceso de globalización, que busca precisamente la ampliación de los espacios de intercambio y comunicación para diversificar las perspectivas de aproximación frente a temas comunes.

Esta estrategia demanda de las organizaciones una capacidad mayor para mirar su potencialidad interna, de manera que esta se ajuste a las exigencias de los procesos de integración que demanda el trabajo en equipo.

6.2. Comparar para enriquecer estrategias metodológicas y perspectivas teóricas

En el ámbito de lo conceptual, es fundamental la creación de espacios de debate con organizaciones o personas involucradas en la defensa del interés público. La idea es desarrollar dinámicas de comparación que hagan posible juntar las piezas y propiciar vasos comunicantes entre los temas conexos. Se trata de propugnar lecturas integradoras de los temas investigados y de las perspectivas metodológicas asumidas.

Estos espacios pueden ayudar a comparar, es decir, establecer semejanzas y entender diferencias entre realidades diversas, con el fin de comprender mejor nuestra propia realidad. Estos esfuerzos comparativos pueden desarrollarse en el ámbito temático —por ejemplo, entre quienes trabajan el enfoque de género o medio ambiente—. Pero también puede ser sumamente útil aprovechar la textura reticular del interés público para que, a través de él, se comparen temas diversos que, sin perder su especificidad, podrían entenderse en la complejidad de su interacción.

La comparación puede desarrollarse entre organizaciones (estatales, no gubernamentales, universidades, etc.) de la misma localidad. En este caso, las dinámicas tendrán un peso mayor en las estrategias metodológicas que cada cual, desde su propio espacio, desarrolla para enfrentar un problema que puede resultar común. Esta perspectiva, puede variar, sin embargo, si la coordinación se promueve entre entidades de diversas zonas o regiones del país. Y no cabe duda que este tipo de trabajo enriquece notablemente la perspectiva metodológica, pero además brinda un conocimiento mayor de la realidad del país.

La comparación también puede desarrollarse entre organizaciones de países de la región. El beneficio de este tipo de trabajo es central, pues el contraste de realidades en temas y problemas específicos permite entender los matices de cada contexto social y político. Pero además enriquece nuestras estrategias metodológicas gracias al proceso de adecuación que siempre es posible desarrollar en problemas o casos semejantes.

6.3. Coordinar para desarrollar estrategias de comunicación

El impacto de las investigaciones está en relación con el fortalecimiento de los circuitos de información propiciados para tal fin. Tratándose de temas de interés público, este es un aspecto sustancial que no puede descuidarse. Es importante, por ello, gestar niveles de coordinación que permitan el acceso a los medios de comunicación, pensando que en determinados contextos y dependiendo de los temas, la opinión pública favorable puede desempeñar un papel importante para la solución de un caso o demanda.

La coordinación en este ámbito es central también para difundir el producto de las investigaciones —publicaciones— entre grupos o interesados en los temas. Este espacio debe convocar la presencia de las universidades (profesores y alumnos), pues no debe perderse de vista la importancia estratégica del interés público en la enseñanza del Derecho.

6.4. Formular una disciplina de evaluación

Determinar la relevancia de las investigaciones en materias de interés público implica establecer qué es lo relevante. En otras palabras, para medir el impacto hay que precisar criterios que permitan saber qué es lo que se debe medir y cómo se debe medir. Esta disciplina debe formar parte de la concepción inicial del problema. En la medida que este se encuentre debidamente identificado y en tanto los objetivos de la investigación se encuentren claramente definidos, sabremos luego a qué realidad nos estamos refiriendo cuando hablamos de impacto.

La evaluación debe articularse en varios niveles dependiendo de la complejidad del trabajo asumido. Es posible formular propuestas de evaluación en el ámbito de proyectos específicos y programas.

6.5. Impulsar experiencias replicables

Una forma efectiva de fortalecer la relevancia de las investigaciones en materias de interés público se puede lograr a través del impulso de estrategias de trabajo que han demostrado éxito en otras realidades y que pueden ser susceptibles de desarrollo en las nuestras.

Esto hará posible incorporar el valor agregado de las investigaciones, con la ventaja de propiciar adicionalmente una estrategia que contribuya a dar relevancia al trabajo y que además le dé una propia dinámica. Un ejemplo visible en este sentido son las clínicas jurídicas, cuyo desarrollo puede ser fácilmente replicado en las facultades de Derecho.

DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES Y ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO: HACIA UNA NUEVA FORMA DE PROTECCIÓN ANTE LA ACTUACIÓN ESTATAL

SANDRA SEVILLANO*

1. Introducción
2. La potestad tributaria: alcances y límites
3. Los derechos de los contribuyentes
 - 3.1. Marco general
 - 3.2. Los procedimientos y acciones judiciales en materia tributaria
 - 3.3. La Defensoría del Pueblo y la Defensoría del Contribuyente
4. El interés público en el ámbito tributario: la falta de legitimidad de algunos tributos de nuestro sistema tributario
5. A modo de conclusión: las acciones de interés público en materia tributaria

* Profesora de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La autora agradece especialmente al doctor Armando Zolezzi Möller, extraordinario maestro y mejor amigo, por sus invaluable comentarios y aportes al desarrollo de este trabajo, y sin cuya cariñosa dedicación no hubiera sido posible su realización.

1. Introducción

La materia tributaria es, y ha sido siempre, un tema que genera más de una antipatía natural en los ciudadanos por que está relacionada con la legítima posibilidad que tiene el Estado de apropiarse de parte de nuestro patrimonio.

Sin embargo, es innegable que el recurso tributario es el principal medio para que un Estado se provea de ingresos que le permitan cumplir con sus propios fines y, en esa medida, es impensable que renuncie a él.

Es por ello que el Derecho Tributario supone, en términos generales, el estudio de las reglas que deben normar la aplicación de los tributos. Por tanto, comprende aquellas referidas a su creación y administración, así como a los derechos y obligaciones que surgen para los contribuyentes. En otros términos, en el Derecho Tributario se debe encontrar el contrapeso entre las atribuciones estatales y el respeto por los contribuyentes. Siendo así, aparece como una materia que nos compromete a todos y a pesar de ello solo es estudiada por los especialistas.

Resulta claro que, entre los derechos de los contribuyentes, uno de los fundamentales es el de oponerse a lo que podría devenir en un cobro injustificado. En tal sentido podríamos referirnos a tres supuestos fundamentales en los que los eventuales contribuyentes pueden manifestar su disconformidad: a) por la creación del tributo; b) por la incorrecta aplicación de un tributo; c) por la aplicación de sanciones derivadas de algún incumplimiento de las obligaciones tributarias. Para cada uno de estos supuestos el Derecho Tributario prevé cuál es la forma de canalizar la oposición del contribuyente, ya sea a través de procedimientos administrativos, procesos judiciales o, inclusive, acciones constitucionales.

El presente trabajo ha sido preparado en el marco del denominado Proyecto sobre Acciones de Interés Público en el que participa la Pontificia Universidad Católica del Perú. En tal medida, pretende examinar cómo pueden ser aplicados al campo del Derecho Tributario —en concreto, de acuerdo a la legislación vigente—, los conceptos de *acciones* e *interés público* que a la luz de ese proyecto tienen una redefinición y, por ende, un nuevo alcance.

Con tal fin, y dado que por la limitada extensión del trabajo no podríamos hacer una revisión exhaustiva de todos los temas involucrados, hemos preferido desarrollar básicamente lo relacionado con el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, así como de los medios de que disponen los contribuyentes para la tutela de sus intereses.

2. La potestad tributaria: alcances y límites

La potestad tributaria puede ser definida como la facultad que tiene el Estado para crear tributos y, en tal medida, también modificar los existentes, otorgar beneficios o regímenes especiales para su aplicación, así como dejarlos sin efecto.

Esta potestad encuentra su justificación en la necesidad de organizar la vida en colectividad que apareja toda idea de Estado. En efecto, la vida en grupo determina que existan necesidades que no pueden ser cubiertas por cada sujeto en particular sino que demandan la actuación estatal para verse satisfechas. Así, por ejemplo, la defensa externa, el orden interno o la administración de justicia, entre otros, no recaen en el ámbito privado, ya no son los individuos los encargados de cubrir esas demandas del grupo sino que son encargadas en exclusividad al Estado.

Así, se denomina actividad financiera del Estado a la tarea que consiste en proveerse de los recursos que le permitan a un Estado prestar los servicios públicos que constituyen su fin esencial, garantizando que se cubra el gasto en que para ello debe incurrir. Dentro de los medios que un Estado dispone

para obtener recursos públicos el más importante es la creación de tributos.¹

Si bien un Estado puede obtener ingresos provenientes de sus bienes patrimoniales (naturales o no), de su actividad empresarial, de empréstitos, donaciones, etc., lo cierto es que los gastos permanentes de un país no pueden quedar librados a la obtención de esos ingresos, que no solo pueden ser irregulares sino además eventuales. De allí la necesidad de contar con recursos derivados de la sociedad como son los tributos,² que le permitan al Estado planificar y cubrir los gastos que le irroga el cumplimiento de sus propósitos y los fines que persigue.

Pese a la importancia que reviste la regulación de los tributos para la vida económica de un país, el Estado no tiene una facultad irrestricta en esa materia. La potestad tributaria del Estado se encuentra delimitada por los llamados principios tributarios, que no son solamente directrices que informan al legislador al momento de regular la materia tributaria sino que comprometen muchas de las garantías que el Estado se encuentra obligado a respetar en defensa de los derechos de los contribuyentes.

En tal sentido, la distribución de la potestad tributaria y los principios tributarios suelen ser incorporados en las normas constitucionales para darles mayor fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico.³

¹ En el Perú, los ingresos tributarios representan aproximadamente del 75% al 80% de los recursos con los que se financia el Presupuesto del Gobierno Central.

² Nos referimos en sentido lato a tributos aun cuando en teoría clásica éstos pueden ser diferenciados en tres categorías: impuestos, contribuciones y tasas. Los impuestos son el típico tributo que se cobra basándose en índices que revelan aptitud de los particulares para aportar, como son: el obtener ingresos o ganancias, realizar consumos o tener patrimonio. Las contribuciones se pagan como resultado de un beneficio que deriva de la actuación estatal traducida en: prestación de un servicio público o de la construcción de una obra pública. Finalmente, las tasas se abonan cuando el Estado brinda un servicio inherente a él, que el contribuyente recibe de modo individualizado. En todas estas definiciones solo se mencionan los rasgos más característicos, siendo por tanto incompletas.

³ El artículo 74° de la vigente Constitución del Perú se encarga de regular la potestad tributaria y de señalar como principios tributarios el de reserva de ley, igualdad y no confiscatoriedad. Aun cuando no se trata en estricto de un principio tri-

A decir de Álvaro Rodríguez Bereijo,⁴ los principios tributarios incorporados en la Constitución «no solo cumplen una *función positiva* en tanto informan al legislador sobre cómo debe estar regulada la materia tributaria, sino que además tienen una *función negativa* que consiste en la fuerza derogatoria que tienen respecto de todas aquellas normas que se les opongan o que consagren valores contrapuestos» (la cursiva es nuestra).

No existe en la doctrina una opinión uniforme sobre cuáles y cuántos son los principios tributarios. Sin embargo, la mayoría de autores reconoce como tales a los principios de legalidad, de generalidad, de igualdad y de no confiscatoriedad. Salvo el segundo, los otros tres han sido recogidos de modo expreso por la Constitución.

El principio de legalidad, también llamado reserva de ley, nace paralelamente a la noción misma de tributo. Sin querer abundar en un recuento histórico, cabe mencionar que desde el momento en que surge la categoría *tributo*, como aquella institución que le permite al Estado requerir el pago de una suma de dinero a los particulares, simultáneamente surge la exigencia de que este cobro sea creado por una ley que permita contar con la autorización indirecta de la población. La naturaleza indirecta de la autorización se explica porque la ley, en sentido estricto, emana del Congreso, en consecuencia son los representantes del pueblo quienes convienen en la creación de un tributo.

En la actualidad, a decir de Armando Zolezzi,⁵ el principio de legalidad «no es otra cosa que la utilización del instrumento legal pertinente, por su respectivo titular, en el ámbito de su competencia». Así, el principio en cuestión alude a la exigencia que se observen las reglas que sobre distribución de potestad tributaria se establecen en la Constitución.⁶ Por tanto, ya no es

butario se agrega, también, que al ejercer la potestad tributaria el Estado debe respetar los derechos fundamentales de la persona.

⁴ Citado por DANÓS, Jorge. «El Régimen Tributario en la nueva Constitución: Estudio Preliminar». *Thémis: Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 29, 1994, p. 135.

⁵ ZOLEZZI MÖLLER, Armando. «El inciso 20 del artículo 211° de la Constitución y la Tributación». En *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N° 10, junio 1986, p. 24.

⁶ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 74° de la Constitución, los impuestos y las contribuciones por su carácter de tributos de alcance nacional sólo pueden ser

imprescindible que todo tributo sea regulado por ley del Congreso, sino que existen normas de rango equivalente que pueden cumplir esa función o, incluso, de rango inferior que resultan autorizadas a regular materia tributaria.⁷ Por lo dicho, en tanto un tributo sea creado por el órgano encargado, a través de la norma que corresponde y sin exceder la materia para la cual ese órgano es competente, el principio de legalidad será respetado y el tributo será constitucional.

El principio de generalidad busca garantizar que los tributos tengan una aplicación general en la población, en la medida que nadie deberá verse eximido de su pago si no existe una causa objetiva que permita semejante trato preferencial.

En efecto, si nos referimos a la igualdad en la ley, que es un derecho fundamental de la persona, su traducción en el Derecho Tributario sería el principio de generalidad según el cuál los tributos deben aplicarse a todos aquellos que resultan alcanzados por los supuestos de la norma que los regula sin admitirse que existan preferencias o tratos diferenciados que se sustenten en razones subjetivas (raza, religión, ideas políticas, etc.). Las consideraciones de tipo objetivo como puede ser la promoción de determinadas actividades o de determinados sectores geográficos para su reactivación económica, son ejemplos de cuándo, objetivamente, se puede diseñar un trato diferenciado que se traduzca en beneficios tributarios justificados.

El principio de igualdad en materia tributaria está relacionado con lo que se denomina la *capacidad contributiva*⁸ de los sujetos. Se identifica a la capacidad tributaria como la *regla básica en el reparto o distribución de la carga tributaria*. La igualdad tributaria consiste en tratar igual a aquellos que tengan similar

normados por ley del Congreso o por decreto legislativo, cuando se delegan facultades; las tasas nacionales así como los aranceles serán regulados exclusivamente por el Poder Ejecutivo a través de decretos supremos; y, las tasas y contribuciones municipales serán reguladas por ordenanzas municipales.

⁷ De acuerdo al mencionado artículo 74° de la Constitución y la Norma III del Título Preliminar del Código Tributario, son normas de rango equivalente a la ley: la ordenanza, el decreto legislativo y el decreto supremo cuando regule tasas y aranceles.

⁸ También llamado principio de capacidad económica.

capacidad contributiva y tratar de modo desigual a aquellos cuyas capacidades contributivas son diferentes, de modo tal que se propicie una igualdad tributaria reflejada en el similar esfuerzo que debe significar el pago de tributos para todos los sujetos obligados a él.

Tal como lo refiere Fernando Pérez Royo⁹ «(...) siendo el sistema tributario un modo de reparto de la carga del sostenimiento de los gastos públicos, es lógico, desde el punto de vista de la igualdad, que el metro de ese reparto sea la capacidad económica, al mismo estilo que lo es la capacidad física en relación con el deber de defensa de la patria mediante el servicio militar».

Finalmente, el principio de no confiscatoriedad es un precepto que no tiene una definición unívoca ni un contenido aplicable a todos los contribuyentes, sino que trata de extender al campo tributario la garantía que el Estado respetará la propiedad privada de los particulares y, por tanto, no utilizará a los tributos como una forma disfrazada para despojar a los sujetos de lo que es suyo. Tiene, pues, este principio relación con la correcta medición de la capacidad contributiva de los sujetos y con la razonabilidad del cobro. Si un tributo se ha creado respetando la verdadera capacidad contributiva, la suma a pagar debe ser cubierta con el dinero de que dispone el sujeto después de haber satisfecho sus necesidades fundamentales y, en tal sentido, no se podría hablar de la confiscación de su patrimonio en detrimento de su propio nivel de vida.

Por otra parte, la razonabilidad en el cobro otorga el segundo elemento importante: el monto que resulte como tributo a pagar debe ser razonable. Sin embargo, la dificultad no solo está dada para saber cuándo un tributo podría devenir en irrazonable sino, lo que es peor, desde qué monto un cobro ya puede ser confiscatorio. Es una tarea que la doctrina reconoce que es imposible realizar sino es caso por caso. Como dice Zolezzi,¹⁰ «(...) pareciera

⁹ PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 3ª edición, Madrid: Civitas, 1993, p. 35.

¹⁰ ZOLEZZI MÖLLER, Armando. «El régimen tributario en la nueva Constitución». *Lecturas Constitucionales*, N° 10, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 151.

que es menos difícil que el juez en cada caso concreto establezca si el tributo tiene efectos confiscatorios, a que declare que para todos el tributo es confiscatorio».

A modo de conclusión, se puede decir que el ejercicio de la potestad o poder que tiene el Estado para poder crear y regular los tributos se encuentra circunscrita a lo informado por los principios rectores del Derecho Tributario. Estos no solo versan acerca de cuál debe ser la forma en que deben darse las normas tributarias, sino también de cómo debe ser regulado el contenido de un tributo. Esto implica, en términos simples, el respeto por el sujeto —de sus derechos y de su patrimonio—, quien va a asumir finalmente el costo económico que representa el pago de un tributo.

3. Los derechos de los contribuyentes

3.1. Marco general

Es indiscutible (incontrastable) el derecho que tiene el Estado de cobrar tributos. Como ya lo mencionamos en el punto anterior, el Estado como el encargado de administrar la vida de la colectividad y el llamado a cubrir las necesidades públicas, requiere de los fondos o medios económicos que hagan viable el cumplimiento de esa función. Es por ello que no se puede desconocer que la creación de tributos es una herramienta válida para conseguir recursos públicos. Sin embargo, como ya los dijéramos también, la creación de tributos está sujeta a limitaciones pues la potestad tributaria no es irrestricta.

Un primer grupo de derechos de los contribuyentes está conformado por todos aquellos derivados de los principios tributarios. En efecto, no hay duda que los contribuyentes quedan compelidos al cumplimiento de la obligación que nace de la luz que crea un tributo, pero la legitimidad de ese cobro radica en que la fuente de donde proviene esta obligación sea una fuente legítima.

Mucho se discute sobre la justicia en el establecimiento de los tributos. Y es que si pensamos en que cada impuesto que conforma nuestro sistema tributario no solo responde a un afán

recaudatorio, sino que ha respetado elementales técnicas de imposición y ha sido diseñado atendiendo a una adecuada distribución de la carga impositiva, entonces la obligación pecuniaria impuesta a los contribuyentes no podría ser cuestionada.

Un segundo grupo de derechos que tienen los contribuyentes, no por ello menos importantes, son aquellos derivados de su condición de persona, vale decir los derechos fundamentales que guardan relación con la materia tributaria. En tal sentido, en la Constitución expresamente se ha dispuesto que «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». Si bien no se puede afirmar que se trata de un verdadero principio tributario, la norma constitucional ha buscado remarcar la importancia que tienen los derechos fundamentales en todo ordenamiento jurídico y, en particular, en el ámbito tributario, en tanto tengan relación con el cobro de tributos.

Entre los derechos fundamentales que se vinculan con la materia tributaria podemos mencionar: igualdad ante la ley, reserva tributaria, inviolabilidad de domicilio, reserva e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, libre tránsito, libertad y seguridad personales (no hay prisión por deudas), entre otros. Estos derechos no solo deben ser respetados por el legislador sino también, como es obvio, por la administración tributaria en sus actuaciones concretas.

Finalmente, el contribuyente no solo tiene derecho a que el tributo que se le exige sea creado adecuadamente, sino que además tiene el absoluto derecho a que no se le cobre ni un centavo más de lo que queda legalmente obligado. Este derecho fundamental de todo contribuyente genera, a su vez, el tercer grupo de derechos a los que podemos referirnos, todos ellos relacionados con la garantía que debe ofrecer toda legislación tributaria de que, más allá de cualquier formalidad, se debe respetar el derecho de no pagar lo que no corresponde a una adecuada aplicación de un tributo.

Entre los derechos que forman parte de este tercer grupo se encuentran entre otros: el derecho a plantear las reclamaciones que el contribuyente considere ajustadas a ley; el derecho a que

cuando la administración tributaria determine un tributo de cargo del contribuyente, lo haga ciñéndose a los datos reales sobre las actividades desempeñadas por él;¹¹ el derecho a que cuando resuelva las controversias en materia tributaria, la administración tributaria cumpla con su obligación de llegar a la verdad;¹² el derecho a defenderse de las imputaciones hechas por la administración tributaria y a probar los hechos controvertidos.

Este tercer grupo de derechos lo encontramos a lo largo de lo que podemos denominar la *vida del tributo*, desde que nace hasta que se produce su extinción sea por el pago o por cualquier otro medio previsto en la ley.

A decir de Hernández Berenguel, es un principio elemental aquel «según el cual, una vez creados los tributos en ejercicio del poder tributario que corresponde al Estado y que lo hace a este actuar en tal creación mediante una relación de supremacía sobre los administrados, en la aplicación de tales tributos surge una relación jurídico tributaria entre el Estado y los administrados que, en esencia, es una relación de igualdad».¹³

En la relación jurídica tributaria, además de la obligación de pago del tributo que constituye su objeto principal, coexisten una serie de deberes y derechos recíprocos entre el Estado y los contribuyentes. Es por ello que se dice que se produce un vínculo complejo a partir del cual la administración goza de determinadas facultades, derechos y obligaciones, correspondiéndole al deudor tributario obligaciones de dar, hacer e incluso de no hacer, así como también derechos.

En nuestra legislación interna las relaciones jurídicas tributarias están reguladas por el Código Tributario,¹⁴ el cual a través

¹¹ Si bien las legislaciones autorizan la determinación o liquidación del monto a pagar sobre base presunta, esta solo procede cuando haya sido imposible determinar el monto de la deuda tributaria sobre base cierta y, en todo caso, no resulta amparada en ningún supuesto la determinación de la obligación de modo arbitrario.

¹² Por esto se entiende que los procedimientos tributarios son de tipo inquisitivo, es decir, la búsqueda de la verdad es siempre el objetivo a perseguir.

¹³ HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. «Necesidad de cambios sustanciales en el Código Tributario». *Thémis: Revista de Derecho*, N° 41, 2000, p. 8.

¹⁴ *Texto Único Ordenado del Código Tributario* aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF.

de sus cuatro libros debería tratar no solo de las obligaciones (y las sanciones) a las que queda sujeto todo deudor tributario sino también, y con igual esmero, de los derechos de los que ellos gozan.

Lamentablemente, con mucha facilidad se puede advertir que el ánimo predominante en nuestro Código ha sido dotar al órgano administrador de todas las facultades posibles, descuidando manifiestamente el respeto por los derechos de los contribuyentes.

Al respecto, al hacer un balance sobre el Código actual, Hernández Berenguel comenta que «no solamente existen normas claramente violatorias del ordenamiento constitucional sino que, además, el articulado del Código Tributario revela que el legislador ha puesto énfasis especial en las facultades de las que deben gozar los órganos administradores de tributos, privilegiando entre ellos a la SUNAT, excediéndose en dotarlos de discrecionalidad, así como en acentuar un carácter excesiva e injustificadamente represivo en desmedro de los derechos de los deudores tributarios. Estos derechos han sido regulados, claramente de manera diminuta y superficial».¹⁵

En efecto, resulta alarmante comprobar que para el legislador han bastado cuatro artículos para regular los derechos de los contribuyentes.¹⁶ En el primero de ellos se hace un listado de los referidos derechos sin aportar más que un tono declarativo.¹⁷ Los otros tres artículos se refieren al procedimiento de

¹⁵ HERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 8.

¹⁶ «Derechos de los Administrados». Capítulo V del Libro II del Código Tributario, artículos del 92° al 95°.

¹⁷ «Artículo 92°.- Derechos de los administrados

Los deudores tributarios tienen derecho, entre otros, a: a) Ser tratados con respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración Tributaria; b) Exigir la devolución de lo pagado indebidamente o en exceso, de acuerdo con las normas vigentes; c) Sustituir o rectificar sus declaraciones juradas, conforme a las disposiciones sobre la materia; d) Interponer reclamo, apelación, demanda contencioso-administrativa y cualquier otro medio impugnatorio establecido en el presente Código; e) Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte; f) Solicitar la ampliación de lo resuelto por el Tribunal Fiscal; g) Solicitar la no aplicación de intereses y sanciones en los casos de duda razonable o dualidad de criterio de acuerdo a lo previsto en el artículo 170°; h) Interponer queja por omisión o

consulta tributaria a la administración y a los casos de deficiencia o falta de precisión normativa. Vale decir que, en realidad, solo un artículo se encarga de los derechos de los contribuyentes, pues los otros tres contienen más bien normas dirigidas a la administración sobre qué consultas puede resolver y qué hacer cuando una norma sea imprecisa.

Aquella premisa, citada al inicio, sobre que la relación jurídica tributaria es una relación de igualdad en nuestro medio no se cumple y, lo que es peor, estamos muy lejos de ella, puesto que el legislador la ha desatendido completamente.

Nuestro Código Tributario ha fortalecido de tal modo a la administración tributaria que siendo casi todo poderosa solo un verdadero y acucioso tratamiento legislativo de los derechos que tienen los contribuyentes podría resultar un buen contrapeso. Si no el panorama es desolador: ¿de qué sirve una lista de derechos que al querer hacerlos efectivos se topan con las excesivas facultades de quien, justamente, debe respetarlos?

Resulta urgente, por tanto, que no solo se modifique nuestro actual esquema legislativo sino que las normas venideras sean de fácil comprensión y aplicación para los contribuyentes, sino estaremos en el mismo estado de desprotección. En palabras de González Parada,¹⁸ «En un régimen democrático, las reglas de

demora en resolver los procedimientos tributarios o por cualquier otro incumplimiento a las normas establecidas en el presente Código; i) Formular consulta a través de las entidades representativas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93º, y obtener la debida orientación respecto de sus obligaciones tributarias; j) La confidencialidad de la información proporcionada a la Administración Tributaria en los términos señalados en el artículo 85º; k) Solicitar copia de las declaraciones o comunicaciones por él presentadas a la Administración Tributaria; l) No proporcionar los documentos ya presentados y que se encuentran en poder de la Administración Tributaria; m) Contar con el asesoramiento particular que consideren necesario, cuando se le requiera su comparecencia; n) Solicitar aplazamiento y/o fraccionamiento de deudas tributarias de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36º; o) Solicitar a la Administración la prescripción de la deuda tributaria; p) Tener un servicio eficiente de la Administración y facilidades necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, de conformidad con las normas vigentes.

Asimismo, además de los derechos antes señalados, podrán ejercer los conferidos por la Constitución, por este Código o por leyes específicas.»

¹⁸ GONZÁLEZ PARADA, Hernán A. *En defensa del contribuyente*. Bogotá: Témis, 1997, p. 2.

juego deben ser inteligibles y públicas. La administración tributaria no gana nada con tal exceso de poder discrecional y con abusar en el ejercicio de la potestad de reglamentaria. El restablecimiento de la confianza entre los ciudadanos y la administración, implica que se dé a los contribuyentes la protección jurídica de que deben disponer en un Estado que se dice democrático».

3.2. Los procedimientos y acciones judiciales en materia tributaria

Bajo este subtítulo queremos reseñar los medios legales de que dispone un contribuyente o deudor tributario para defenderse de las actuaciones estatales, sea que estas se hayan producido por un inadecuado ejercicio de la potestad tributaria o por actos concretos de la administración. Entre los primeros, vamos a revisar las acciones constitucionales y entre los segundos, el procedimiento tributario y la demanda contencioso-administrativa en materia tributaria.

La Constitución reconoce la capacidad de determinados órganos para pronunciarse sobre determinados temas constitucionales así como la existencia de los denominados procesos constitucionales destinados a garantizar su vigencia y respeto. Uno de ellos es el Tribunal Constitucional, encargado de resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y pronunciarse, en última instancia, sobre las acciones de garantía. Igualmente, el Poder Judicial, que es competente conocer de las acciones de garantía y ejercer el control difuso.

En términos generales, se puede decir que existen dos sectores de la jurisdicción constitucional claramente diferenciados:

- i) La jurisdicción constitucional de la libertad, para la defensa individual de los derechos de los particulares, a través de las denominadas garantías constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento; y,
- ii) La jurisdicción constitucional orgánica, para el control de la constitucionalidad de las normas, a través de las acciones de inconstitucionalidad y la acción popular.

Este reparto de materias conlleva que el control de la constitucionalidad de las normas se realice exclusivamente a través de las acciones de inconstitucionalidad y acción popular, mientras que la defensa individual contra violaciones de derechos de las personas se efectúe mediante alguna de las acciones de garantía previstas para este fin.

En cuanto a la regulación o creación de tributos, las únicas acciones de garantía que podrían interponerse son: el habeas hábeas, si por la aplicación de un tributo se restringe la libertad de las personas en cualquiera de sus formas; y el amparo, si mediante un acto concreto de aplicación de un tributo se vulnera (otras garantías constitucionales) un derecho constitucional.

En efecto, de acuerdo a las normas constitucionales el amparo solo procede contra acto u omisión por parte de cualquier autoridad funcionario o persona que vulnera derechos reconocidos por la Constitución (salvo aquéllos garantizados por la acción de cumplimiento o el habeas data), y se ha dispuesto la prohibición expresa de interponer amparo contra normas.

La acción de amparo precisa de un acto, positivo o negativo —para referirnos a las omisiones— para que se proceda a exigir mediante este proceso excepcional y sumarísimo que cese la violación a los derechos constitucionales.

Ahora bien, como reflejo del denominado control difuso que los jueces pueden efectuar al resolver un caso, el artículo 3º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo habilita el amparo cuando el acto violatorio se funda en el cumplimiento de una ley inconstitucional.¹⁹ Es decir, solo a partir de una actuación estatal es que se podría declarar la inaplicación de una norma que en el caso concreto adquiere visos de inconstitucionalidad ya que vulnera o amenaza un derecho constitucional. Hay que notar que esta situación es completamente diferente de aquélla en la cual se quiere utilizar el amparo para cuestionar en abstracto una norma, es decir, sin que exista una causa concreta que ha-

¹⁹ En estos casos no se está cuestionando de manera directa la constitucionalidad de la norma. La pretensión sigue siendo que cese el acto violatorio, pero si para ello es necesario que se analice la norma en que este se respalda, el juez, en uso del control difuso, puede declararla inaplicable al caso concreto.

bilite al juez a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas.²⁰

Siendo un tema controvertido, la doctrina señala que se puede admitir un amparo contra normas cuando se trate de una norma autoaplicativa que viola derechos fundamentales, y uno de los ejemplos más comunes de esta clase de normas son las tributarias.

Las normas autoaplicativas son definidas como aquellas que con su sola promulgación adquieren operatividad inmediata, sin que haya necesidad de un acto posterior de reglamentación o siquiera de aplicación. Para algunos autores, lo autoaplicativo, en un sentido amplio, es aquello que ya no necesita acto posterior para regular hechos concretos. Para otros, con un criterio más estricto, lo autoaplicativo sería la subsunción inmediata de los hechos concretos en los supuestos de la norma; sin este requisito no hay un mandato de ejecución en la norma por sí misma.²¹

En todos los casos de normas autoaplicativas, la violación al derecho se configura de manera inmediata con la sola vigencia de la ley y no sería razonable esperar ningún acto de la administración para poder acceder al amparo. La norma en sí misma configura el acto lesivo contra el cual procede la defensa mediante el amparo.

Por lo menos como un acercamiento preliminar y de acuerdo a lo expuesto, no consideramos que todas las normas que crean tributos son autoplicativas. Dado que, por su naturaleza, las normas tributarias describen hipótesis de incidencia que los sujetos deben realizar para verse obligados a pagar un tributo, la sola vigencia de una norma tributaria no origina una identidad automática entre lo regulado y la situación concreta. Y si esto no sucede, mal podríamos decir que es autoaplicativa. Así, por ejemplo, no se puede considerar que la ley que regula el

²⁰ Artículo 200º, numeral 2 de la Constitución.

²¹ Ejemplos de estas normas podrían ser aquellas que declaran la conversión de los depósitos en moneda extranjera en soles, la que dispone la prohibición de salir del país a un determinado sector de la población, la que de señala una restricción o pérdida a un derecho fundamental, etc.

impuesto a la renta es autoaplicativa, es decir que desde que es dada la ley ya surte efectos, pues de no obtenerse ganancias gravables jamás se estará dentro del ámbito de aplicación de ese impuesto. Por el contrario, si una norma crea un impuesto a la propiedad de acciones, se podría considerar que con la sola entrada en vigencia de la norma ya surge la obligación de pago, pues todos aquellos que sean *propietarios* resultarían inmediatamente alcanzados por la norma.

La legislación sobre amparo ha determinado que sean numerosas las acciones en contra de actos concretos de la administración que constituyan violaciones o amenazas ciertas de derechos fundamentales, así como también contra la sola aplicación de normas que por su naturaleza tributaria eran consideradas como autoaplicativas. En muchos de estos casos, sin embargo, los fallos han dispuesto que de no haber un acto concreto de la administración la vía del amparo no resulta idónea.

Sin embargo, y pese a que la Constitución prohíbe expresamente el amparo contra normas, esta acción de garantía sigue siendo utilizada como mecanismo de defensa contra la creación de tributos sin la observancia de los principios tributarios. Cabe mencionar que en muchos de estos casos los argumentos utilizados por los contribuyentes no siempre son ajustados a ley e incluso llegan a ser tendenciosos, por lo que pese a encontrarse alguna jurisprudencia en la que el amparo ha sido procedente, los argumentos que la sustentan no son acordes con lo dispuesto por nuestro marco constitucional, según el cual la acción de amparo procede contra actos de la administración que acrediten la amenaza o la violación de derechos fundamentales, mas no como medio para cuestionar de modo directo la legitimidad de una norma.

Por todo lo dicho, el amparo no puede ser considerado en abstracto como un mecanismo de defensa contra la violación de principios tributarios en el ejercicio de la potestad tributaria. Salvo los casos excepcionales en que realmente la norma sea autoaplicativa, el ataque contra dispositivos tributarios solo podría hacerse a través de la acción de inconstitucionalidad cuando se trate de normas con rango de ley; o, con la acción popular si las normas fueran de rango inferior a la ley.

No obstante, tanto la acción de inconstitucionalidad como la popular no han resultado ser vías idóneas para cuestionar la validez de normas tributarias. En el primer caso, porque la Constitución restringe la interposición de la acción de inconstitucionalidad, solo puede ser presentada por: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de congresistas, los Presidentes de Región, 5,000 ciudadanos y los Colegios Profesionales en materia de su especialidad. De todos los mencionados, el Defensor del Pueblo y los Colegios de Abogados resultarían los más accesibles a los reclamos de los contribuyentes con miras a interponer una acción de inconstitucionalidad, mas no existe ningún caso en que hayan asumido tal representación para plantear la acción.

En el segundo caso, si bien un particular está habilitado para interponer la acción popular contra normas reglamentarias en materia tributaria, pocos han sido los casos en que esta acción ha sido utilizada. Esto responde básicamente a que la creación de la mayoría de tributos en nuestro país se hace mediante normas con rango de ley —salvo el caso de los aranceles y tasas nacionales—, pues incluso los tributos municipales se crean mediante ordenanzas que solo pueden cuestionarse por una acción de inconstitucionalidad.

Un tema distinto es el que se refiere a las controversias que se pueden generar entre la administración tributaria y los deudores tributarios. En efecto, ya no estaremos frente a problemas de incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la potestad tributaria sino con los actos concretos de aplicación de normas. Las administraciones tributarias no tienen facultad para regular los tributos sino solo para aplicarlos en estricto cumplimiento de las normas que los crean. En tal sentido, las controversias entre los contribuyentes y la administración pueden producirse, por ejemplo, por diferencias en cuanto al monto a pagar por un tributo o por la aplicación de sanciones. Todas estos conflictos pueden ser resueltos mediante el procedimiento de la reclamación tributaria.

El denominado procedimiento contencioso-tributario²² faculta a los contribuyentes a interponer un recurso para reclamar por los actos de la administración que consideren no ajustados a ley. En primera instancia resuelve el propio órgano que ha emitido el acto administrativo. De no obtenerse un resultado positivo, se puede acudir en vía de apelación ante el Tribunal.

El Tribunal Fiscal es un órgano colegiado y especializado en materia tributaria, cuyos fallos ponen fin a la vía administrativa. Además, tiene facultades para conocer los recursos de queja que los contribuyentes pueden interponer por los incumplimientos de las normas tributarias o irregularidades procesales en que incurra la administración durante cualquier procedimiento.

El procedimiento tributario está estructurado para resolver únicamente los conflictos entre los contribuyentes y el órgano administrador producidos por la aplicación de los tributos. No es la vía para cuestionar la legitimidad del tributo que origina la reclamación sino solo el acto de aplicación que de él ha hecho la administración tributaria.²³

Por tanto, el recurso de reclamación permite que el órgano que ha emitido el acto administrativo cuestionado pueda corregirlo. Es decir, está fundado en el derecho que tiene la administración de revisar sus propios actos.

Más allá de la facultad del Tribunal Fiscal para pronunciarse sobre (o corregir) los actos errados de la administración, es preciso mencionar que, de acuerdo al 102º del Código Tributario, el Tribunal Fiscal también podrá realizar un control de la legalidad de las normas que resulten aplicables al caso concreto.²⁴

Sobre este punto, se ha discutido mucho sobre cuál es el verdadero alcance de esta facultad, ya que para algunos la nor-

²² Regulado por el Libro III del Código Tributario.

²³ La impugnación de la constitucionalidad de una norma tributaria no es materia que un tribunal administrativo, como lo es el Tribunal Fiscal, pueda resolver.

²⁴ «Artículo 102º: Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En ese caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria de acuerdo a lo establecido en el artículo 154º».

ma del Código Tributario estaría otorgando la posibilidad de efectuar un control difuso de constitucionalidad de las normas. El Tribunal Fiscal se ha pronunciado en numerosa jurisprudencia en el sentido que no tiene esa facultad, pues si bien ejerce función jurisdiccional²⁵ no se puede desconocer que se trata de un tribunal administrativo (incapacitado para conocer asuntos de constitucionalidad de normas) y cuyos fallos, además, pueden ser objeto de posterior acción judicial. Esta posición nos parece la más adecuada.

En conclusión, el procedimiento tributario le permite a los contribuyentes cuestionar la validez de los actos administrativos así como incluso de las normas reglamentarias contrarias a ley, si fuera el caso ya que el Tribunal Fiscal tiene facultad para declarar la inaplicación de esa norma por preferir la de mayor rango. Las pretensiones vinculadas a la constitucionalidad de los tributos no pueden ser resueltas en vía administrativa.

Contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal no se puede interponer recurso alguno, salvo que se trate de ampliaciones o errores materiales. Las resoluciones del Tribunal Fiscal pueden ser impugnadas mediante una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial. En efecto, el proceso contencioso tributario es el mecanismo legal para que el Poder Judicial ejerza control sobre la actuación de la administración tributaria en defensa de los derechos y pretensiones legales de los particulares. Si bien esto responde al mandato constitucional que todo conflicto de intereses tenga su último pronunciamiento en vía judicial, en nuestro país esto ocasiona más de una dificultad por la especialidad de la materia tributaria, ya que no siempre los magistrados están en condiciones de emitir un pronunciamiento acorde con las exigencias de esta materia, lo cual hace

²⁵ Cabe precisar que las funciones jurisdiccionales del Tribunal Fiscal no son aceptadas por todos los sectores de la doctrina nacional, en tanto estamos ante un órgano administrativo que forma parte del Poder Ejecutivo y en atención a que la función jurisdiccional de acuerdo a la Constitución es exclusiva del Poder Judicial. Sin embargo, tomando en cuenta que ese tribunal tiene la posibilidad de resolver («decir derecho»), aun cuando no sea de modo definitivo, es que se le podría reconocer tal facultad aunque de carácter administrativo.

que esta acción tenga altísimos riesgos de terminar en un sentido imprevisto y, por tanto, que el contribuyente no reciba la protección debida.

La legislación vigente regula este proceso con algunas particularidades. En primer lugar, si bien de por sí no es cuestionable que sea el Código Tributario el que se encargue de establecer los requisitos para interponer la demanda, sí lo es que recorte, por ejemplo, el plazo, que es distinto al que se ha dispuesto para estas acciones cuando la demandada sea otra administración pública. Lo que también resulta excesivo es que se disponga que el Tribunal Fiscal es competente para declarar admitida o no la demanda. Este exceso ha merecido el pronunciamiento del Poder Judicial en el sentido que solo él puede denegar la admisión de una demanda.

Otra particularidad de nuestra legislación se encuentra en la posibilidad que se le otorga a la administración tributaria para interponer la demanda. Es decir, la propia administración puede demandar ante el Poder Judicial a su superior jerárquico por haber dejado sin efecto el acto administrativo cuestionado. Esta posibilidad ha sido restringida, ya que si la resolución del Tribunal Fiscal tiene carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, no se podrá interponer demanda. Pero igualmente resulta inaceptable que un proceso pensado para controlar judicialmente la actuación de la administración pueda ser iniciado por ella misma.

Otro problema que plantea la interposición de una demanda contencioso-administrativa radica en que es un requisito indispensable el pago de la deuda que se cuestiona o, en su defecto, que la deuda sea debidamente garantizada con fianza bancaria o financiera. Este hecho, por el elevado costo que puede representar para el contribuyente, determina en muchos casos que no se inicie este proceso y, lo que es peor, puede generar un trato discriminatorio para acceder a la justicia, lo cual contraría de modo evidente el derecho constitucional a la administración de justicia.

3.3. La Defensoría del Pueblo y la Defensoría del Contribuyente

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional completamente autónomo cuya función principal es la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.²⁶

La figura del Defensor del Pueblo fue una de las novedades de la Constitución de 1993 y fue recibida con mucha expectativa por la comunidad, ya que en diversos países de la región la institución defensorial venía siendo incorporada. El denominado control defensorial puede ser entendido como una doble función: «por un lado, proteger los derechos del quejoso resolviendo el caso concreto (función subjetiva) y, de otro, una función que trasciende al caso individual contribuyendo a la vigencia de la legalidad democrática, incluso a través de una labor pedagógica o docente (función objetiva o institucional)».²⁷

No obstante que los pronunciamientos del Defensor no tienen alcance jurisdiccional (no se está ante una instancia que resuelva conflictos), ni buscan interferir en las funciones de otros órganos con competencias específicas, las resoluciones defensoriales están revestidas de una importante fuerza moral. La actuación estatal no requiere de una denuncia concreta de un ciudadano sino que puede actuar de oficio ante cualquier situación que considere injusta e irregular.

En tal sentido, la Defensoría del Pueblo ha entendido que sus funciones la obligan a tener una participación vigilante en el ejercicio de la potestad tributaria que haga el Estado. Así, lo ha hecho saber al afirmar que «la materia tributaria no resulta ajena a la labor defensorial, pues los actos que pueden derivarse del incorrecto ejercicio del poder tributario tienen, en la mayoría de casos, consecuencias lesivas al patrimonio de los con-

²⁶ Artículo 162° de la Constitución.

²⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tributación Municipal y Constitución*. Serie de Informes Defensoriales, N° 33, febrero 2000, p. 11.

tribuyentes y pueden vulnerar derechos fundamentales. En efecto, para que el ejercicio del poder tributario constituya una invasión legítima en el patrimonio de los particulares debe respetar determinados principios y derechos constitucionales».²⁸

La Defensoría debería ejercer una función de veeduría para estar atenta a la creación o modificaciones tributarias. En tanto es base de todo Estado de Derecho que los cobros tributarios sean legítimos, se puede afirmar que la Defensoría es la institución llamada a representar a los contribuyentes en la lucha por sus derechos, contribuyendo de esta forma a mantener el necesario equilibrio entre Estado y particulares. «(...) Ante las dificultades políticas, económicas y sociales, las relaciones Estado - contribuyentes deben solucionarse para un mejor aprovechamiento y utilización de los recursos nacionales. Es un reto que debe emprenderse si se quiere lograr una mayor justicia social dentro de una real y verdadera democracia».²⁹

La actuación de la Defensoría no debe limitarse al control del ejercicio de la potestad tributaria sino que debe comprender también el seguimiento permanente sobre la utilización y destino de los recursos obtenidos por el Estado; el control de los actos, hechos u omisiones de las administraciones tributarias que vulneren los derechos de los contribuyentes; la participación e iniciativa en la elaboración de las permanentes reformas tributarias, proponiendo la modificación de las normas que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para los contribuyentes; el seguimiento sobre la forma en que se ejecutan los programas de fiscalización y sobre el cumplimiento de las normas tributarias; etc.³⁰ Es decir, la participación defensorial debe ser mucho más activa.

La Defensoría del Pueblo ha recibido numerosas quejas por cobros de tributos municipales, tanto referidas a la legitimidad del tributo mismo como sobre determinados procedimientos o actuaciones de las municipalidades. Tal situación ha motivado

²⁸ L. cit.

²⁹ GONZÁLEZ PARADA. Ob. cit., p. 99.

³⁰ Ib., p. 78.

resoluciones defensoriales, recomendaciones e incluso la publicación de un informe defensorial en el que se da cuenta de los principales problemas que existen en la tributación municipal con miras a contribuir a su conocimiento, discusión y reformas legislativas, de ser el caso. Sin embargo, la actuación de la Defensoría en cuanto a cobros de tributos nacionales no se ha dejado sentir, siendo aun peor el hecho que no haya participado en ningún proceso constitucional que verse sobre algún dispositivo en materia tributaria.

Por estas razones, consideramos que un defensor adjunto en asuntos tributarios podría ser una forma válida de canalizar las numerosas demandas que los contribuyentes tienen respecto de la regulación y la aplicación de tributos. Coincidimos con la idea que la Defensoría del Pueblo «debe tener origen en la sociedad civil para poder actuar con autonomía e independencia (...)».³¹ Solo a través de un real fortalecimiento de la sociedad civil se puede llegar a un nivel de respeto y ejercicio pleno de los derechos de los contribuyentes y la Defensoría del Pueblo, puede ser la vía catalizadora de todos sus pedidos.

Hace pocos meses la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) aprobó, mediante Resolución de Superintendencia N° 012-2001/SUNAT, su nueva estructura organizacional. En ella aparece como una nueva dependencia la Gerencia de la Defensoría del Contribuyente, cuya misión es velar por los derechos del contribuyente mediante el conocimiento y resolución de quejas y sugerencias que permitan un mejoramiento continuo de la institución.³²

La creación de esta Defensoría al interior de la SUNAT es saludable. Tomando en cuenta que la intención es garantizar el respeto de los derechos de los contribuyentes, es importante contar con una oficina cuya obligación principal sea hacer un seguimiento de las denuncias que los contribuyentes puedan efectuar cada vez que consideren que se está violando alguno de sus derechos. Su labor no solo debe servir para llamar la

³¹ L. cit.

³² Tomado de la página *web* de la SUNAT.

atención de los funcionarios para que corrijan la conducta violatoria, sino que también debe estudiar constantemente cuáles pueden ser las medidas a implementar para corregir procedimientos, conductas arbitrarias y, en general, actuaciones contrarias a los intereses de los contribuyentes en las que incurre la administración tributaria. Esta idea debe ser copiada por el resto de administraciones tributarias del país.

Cabe mencionar, finalmente, que no consideramos excluyentes las funciones de la Defensoría del Pueblo con las que puedan asumir las defensorías del contribuyente al interior de una administración. En efecto, sus labores pueden ser perfectamente complementarias. La labor a cumplir por las defensorías de la administración, ayudarán a detener los abusos cometidos por los funcionarios, a veces por ignorancia y otras por arbitrariedad. Pero no hay que olvidar que, en primer lugar, estamos frente a una dependencia de la misma organización quejada y, en tal sentido, si la práctica cuestionada corresponde a una directiva institucional, el éxito no estará garantizado; y, en segundo lugar, porque, como resulta claro, ante estas defensorías solo podrán denunciarse acciones u omisiones de la administración mas no la creación misma de los tributos, labor esta en la que como hemos visto la Defensoría del Pueblo sí puede tener mayor participación.

4. El interés público en el ámbito tributario: la falta de legitimidad de algunos tributos de nuestro sistema tributario

No cabe duda que uno de los principales aspectos sobre los cuales todos los contribuyentes, o incluso los potenciales contribuyentes, tienen vivo interés es sobre la legitimidad (no solo jurídica sino inclusive técnica) para crear y regular un determinado tributo.

En nuestro país el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado (legisladores o gobiernos de turno) ha estado en numerosos casos teñido de más de una irregularidad. Casi podríamos afirmar que a veces la voracidad fiscal ha sido puesta

de manifiesto con muy poco pudor o con un alto grado de cinismo.

Las sucesivas y constantes reformas tributarias buscan siempre perfeccionar el sistema tributario, desterrando los tributos que no se ajustan a una adecuada técnica tributaria ni permiten una distribución equitativa de la carga fiscal.

Sin embargo, nuestra inestable y precaria economía ha llevado y sigue forzando a los gobiernos de turno a mantener algunas inequidades ya que se enfrentan, de un lado, la necesidad por mantener o aumentar los ingresos fiscales y, del otro, una regulación prudente de los tributos que garantice el respeto de los principios tributarios y, sobre todo, que no produzca la asfixia económica de los contribuyentes debido a una excesiva suma de obligaciones tributarias. Lamentablemente, en tal enfrentamiento muy pocas veces se ha visto triunfar el interés de los contribuyentes.

El mal uso de la potestad tributaria agrava la permanente desconfianza y malestar de la población respecto al cobro de tributos, fomenta la evasión y, lo que es peor, como hemos visto, reduce los mecanismos para canalizar el legítimo derecho de los sujetos a oponerse a ese cobro. En efecto, las acciones de amparo no son siempre un camino seguro para conseguir la satisfacción de una pretensión como esta y la acción de inconstitucionalidad no resulta ser un mecanismo accesible para los ciudadanos.

Algunos casos actuales muestran que el ejercicio de la potestad tributaria en el Perú no siempre va aparejada de una política fiscal³³ adecuada que justifique el cobro de determinados tributos.

Una adecuada planificación del sistema tributario conlleva necesariamente que este sea capaz de procurar ingresos permanentes y constantes que permitan solventar los gastos de un Estado. Pero también es verdad que no todas las eventualidades

³³ Por política fiscal entendemos los principios y directrices que deben guiar la normatividad tributaria para hacer de ella un conjunto coherente y ordenando caracterizado por su finalidad recaudatoria pero, también, por el respeto a los contribuyentes.

pueden ser cubiertas dado su carácter justamente de imprevistas. Así, pese a que no se corresponde con un ejercicio planificado de la potestad tributaria, el Estado queda autorizado a efectuar cobros originados en circunstancias especiales.

Por tales razones se acepta la creación de tributos que respondan a la naturaleza de extraordinarios: producto de los avatares de la vida pública, un determinado Estado puede verse compelido a requerir tributos adicionales a los que de modo permanente recauda.

En el Perú, bajo la vigencia de la anterior Constitución, el Presidente de la República tenía la posibilidad de regular materia tributaria mediante decretos de urgencia y, en consecuencia, si fuera necesario crear nuevos gravámenes. El ejercicio indiscriminado de esta facultad tuvo como resultado que la nueva Constitución prohíba, de modo expreso, que los decretos de urgencia contengan disposiciones tributarias.

Esta modificación, por muchos cuestionada, no es acorde con lo que en doctrina y legislaciones extranjeras es un hecho aceptado. Justamente los decretos de urgencia son los que permiten a un Estado afrontar las crisis económicas o situaciones de emergencia que pudieran surgir y cuya solución pase por la procura de mayores recursos, sin dilatar su solución a la espera que sea el Parlamento quien discuta y apruebe una medida legislativa.

También es práctica común en nuestro país que quien regule la materia tributaria sea el Poder Ejecutivo por delegación de facultades. En efecto, tanto bajo la vigencia de la Constitución anterior como bajo la actual, los principales tributos nacionales han sido aprobados mediante decretos legislativos en uso de facultades delegadas. En el decenio precedente, cuando el Parlamento tenía amplia mayoría, no resultaba difícil conseguir esas facultades extraordinarias. Esto de alguna manera servía al Ejecutivo para recurrir a modificaciones de tributos o a creaciones de último momento para generar mayores ingresos al fisco.³⁴

³⁴ Ese, por ejemplo, fue el famoso caso de la «Contribución Especial» que se creó al amparo del Decreto Legislativo 646, que gravó la propiedad de acciones y cuyo

Sin embargo, los tributos que vamos a comentar no fueron creados por decretos de urgencia ni por decretos legislativos sino más bien por leyes del Congreso. No se puede desconocer que un tributo creado por el Congreso está revestido por un halo de mayor legitimidad, ya que se supone que ha debido ser ampliamente debatido y su aprobación ha exigido poner de acuerdo a diferentes sectores políticos. Este no ha sido el caso de estos tributos. Como ya lo dijimos, en un gobierno con mayoría parlamentaria no resultaba complicado conseguir la aprobación de disposiciones tributarias cuyo proyecto provenía del Poder Ejecutivo y cuyo ánimo evidente era conseguir mayores ingresos aun a costa de contrariar la racionalidad del sistema tributario.

El primer ejemplo es el denominado Impuesto Extraordinario de Solidaridad, creado por Ley N° 26969. Con este tributo se sustituyó a la Contribución al FONAVI que originalmente gravaba a las empresas por las remuneraciones que pagaban a sus trabajadores, incluyéndose posteriormente también a los profesionales independientes como sujetos del tributo por los honorarios que cobrarán.

Esa contribución no era más que un impuesto destinado al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI).³⁵ En razón de ello fueron numerosas las acciones que se interpusieron en su contra, además de las críticas que en el ámbito doctrinario se hicieron por tratarse de un tributo que gravaba uno de los factores de producción de las empresas (la mano de obra) y, por ello, constituía un sobre costo sin justificación.

Ante la avalancha de cuestionamientos por el cobro de tal contribución el gobierno, en saludable gesto, decidió sincerarse y admitió el error al aceptar que se trataba de un impuesto encubierto. Sin embargo, bajo el argumento de que las arcas fiscales

fundamento era que iba a ser cobrado por una sola vez para atender la situación de emergencia por la que atravesaba el país.

³⁵ Los recursos de ese Fondo debían ser destinados a la construcción de viviendas que finalmente serían asignadas a los trabajadores. Ese fin jamás fue cumplido y, más bien, estos recursos fueron constantemente desviados para cubrir otras partidas presupuestales.

no podían renunciar a ese ingreso ya presupuestado para el año en curso, se creó el Impuesto Extraordinario de Solidaridad cuyo ámbito de aplicación resultó ser el mismo que el de la Contribución al FONAVI. El apelativo de extraordinario daba la imagen de que el cobro se mantendría solo por el resto del año (por razones de presupuesto) o máximo hasta que se consiguiera cubrir el margen de ingresos con la mejora en la recaudación de otros tributos. Desde que ocurrió aquello ya han pasado tres años y nada hace presagiar que este impuesto llamado extraordinario llegue a su fin.

En conclusión, los problemas de fondo por los que se criticaba a la denominada contribución al FONAVI no han sido resueltos: las empresas siguen teniendo un impuesto a las planillas, es decir, un sobre costo que ha generado que se prefieran los contratos civiles para recibir servicios personales cuando, en realidad, la naturaleza de las relaciones es de índole laboral. A su vez, los nuevos trabajadores independientes, todos aquellos que deberían tener un contrato laboral y el correspondiente derecho a beneficios sociales, no solo deben pagar el consabido impuesto a la renta por sus, seguramente, bajos ingresos sino que además deben cumplir con pagar el (felizmente extraordinario) impuesto de solidaridad. En un caso como el semejante, nadie podría argumentar que los principios que deben regir la tributación han sido respetados al crear este impuesto.

Un segundo ejemplo es el llamado Impuesto de Solidaridad a Favor de la Niñez Desamparada, creado por Ley N° 27103, que se debe pagar con ocasión del trámite para obtener o renovar los pasaportes.

Lo primero que salta a la vista, por ser común a los dos tributos bajo comentario, es que ambos son llamados «de solidaridad», cosa que resulta curiosa en tanto cabría preguntarse si las razones técnicas que deben regir la creación de tributos pueden verse postergadas por fundamentos de forzada solidaridad. No pretendemos restar méritos al acto solidario que no solo enaltece a los sujetos que lo realizan, sino que nos parece adecuado que el Estado lo promueva. Pero, ¿es acaso el instrumento tributario la manera adecuada para conseguir la solidari-

dad de las gentes? ¿O más bien se trata de un apelativo lacrimógeno que busca desincentivar las protestas? Si fuera esta última la razón, tendríamos que convenir con William Newmarch que «no es tarea propia de los impuestos el corregir las vicisitudes de la fortuna (...)».

El Impuesto de Solidaridad a Favor de la Niñez Desamparada tuvo similar origen al que describimos para el Impuesto Extraordinario de Solidaridad. En efecto, la historia se remonta al cobro por expedición de pasaportes. De acuerdo a la naturaleza de las cosas, si el Estado otorga un servicio que forma parte de sus funciones exclusivas y que va a ser individualizado en cada sujeto, entonces el cobro que hace por ese servicio se denomina tasa y corresponde a una categoría tributaria. La doctrina se ha encargado de definir cada una de las características que las tasas tienen en el Derecho Tributario, diferenciándolas de otros cobros que siendo similares no pueden ser considerados como tributarios.

Dentro de las características propias de las tasas es común encontrar la referencia a que el cobro que se hace por el servicio prestado tiene que corresponder al costo del servicio, nada más. Lo que se cobra por encima del costo del servicio es un impuesto escondido y, con ello, podríamos estar frente a un tributo inconstitucionalmente creado.

A diferencia, por ejemplo, de empresas concesionarias que también prestan servicios denominados públicos, el Estado cuando cobra por sus servicios no está realizando una actividad lucrativa, pues las razones que tiene para asumir la prestación de determinados servicios son más bien de interés público.

En el caso de los pasaportes queda claro que solo un documento de identidad otorgado por el Estado es el que puede dar fe de la identidad y nacionalidad del sujeto que lo porta. Por tanto, su expedición es un servicio que en exclusiva le corresponde brindar al Estado y el cobro que se haga debe corresponder entonces únicamente al verdadero costo del servicio.

La tasa que se venía cobrando en nuestro país por el otorgamiento de pasaportes era notoriamente elevada. Llama la atención que haya sido a través de una investigación periodística que se haya destapado el problema, pues nadie antes había he-

cho una denuncia formal ni sustentada sobre los costos reales del servicio y su consecuente cobro. Ante tal situación, una vez más el gobierno optó por la vía fácil: redujo la tasa a su costo real y, sin ánimo de renunciar a lo que ya venía cobrando por ese trámite, creo el Impuesto de Solidaridad a Favor de la Niñez Desamparada.

En conclusión, de nuevo, para los contribuyentes las situaciones reales no cambian. Están sujetos al pago de la misma cantidad, aunque para su tranquilidad ahora sepan que los montos abonados correspondan a su verdadera naturaleza tributaria (tasa e impuesto) y no a cobros disfrazados. Sin embargo, no es a este tipo de correcciones legislativas a las que deberíamos apuntar, sino más bien a que las tasas por servicios en todos los casos estén establecidas de acuerdo a sus costos reales, sin buscar mayores ingresos a través de impuestos que resultan de una naturaleza inclasificable.

En efecto, más allá de las maniobras legislativas facilistas que se evidencian en este caso, lo más curioso es que se crean supuestas figuras tributarias que no tienen ningún asidero teórico. Los cobros por servicios públicos que el Estado presta en razón de su propia condición se denominan tasas. Si existe una tasa cuyo monto es mayor al costo del servicio, tal tributo queda desnaturalizado pues se convierte más bien en un impuesto encubierto. ¿Pero qué sucede cuando se crea deliberadamente un impuesto de solidaridad a pagarse por tramitar el pasaporte? ¿Cuál es el hecho gravado con el impuesto?

Hay que tener en cuenta que en teoría los impuestos gravan manifestaciones de riqueza de los sujetos; o, lo que es lo mismo, se establecen en atención a los índices reveladores de capacidad contributiva, a saber: patrimonio, ingresos o rentas y consumos. Una buena pregunta es a qué tipo de impuesto corresponde el comentado impuesto de solidaridad, pues no queda claro si lo que quiso el legislador es gravar: por el nuevo patrimonio del sujeto (su pasaporte); por «consumir» un pasaporte (como si más que un consumo no fuera una obligación de obtenerlo); o por los «ingresos» que seguramente ha de tener para estar en condiciones de planear un viaje. Como vemos, todo un reto para la imaginación.

Finalmente, el ejercicio de la potestad tributaria municipal es tema que puede estar ausente. Así como hemos visto que el gobierno central no se cuida al ejercer su poder impositivo y crea tributos cuya validez jurídica e idoneidad técnica es muy discutible, los gobiernos locales tampoco hacen gala de un adecuado conocimiento de los límites que restringen el ejercicio de su poder tributario. Por el contrario, los tributos creados por las municipalidades son frecuentemente los más cuestionados, no solo por la falta de tecnicismo del que adolecen sino también por el incumplimiento de algunos de los principales principios que rigen la tributación en general.

De acuerdo a la organización política y administrativa de nuestro país consagrada por la Constitución, los gobiernos locales son autónomos y tienen por tanto independencia económica. Si bien no tienen facultades para crear impuestos (pues es el Congreso el que debe hacerlo a favor de los municipios), sí las tienen para crear tasas y contribuciones dentro del ámbito de su jurisdicción, es decir, cuando se trata de tributos de orden municipal.

Los recortes de ingresos que han sufrido las municipalidades por pugnas y celos con el Poder Ejecutivo, han provocado que estas acudan a los tributos como forma de cubrir el déficit. Sin embargo, el problema consiste en que no respeten los principios tributarios y se excedan en sus facultades.

Las tasas municipales son los tributos que se usan con mayor frecuencia para conseguir de modo rápido más ingresos. De acuerdo al Código Tributario, las tasas pueden ser de tres tipos: arbitrios, licencias y derechos. Los municipios ejercen su potestad tributaria mediante las normas denominadas ordenanzas municipales, cuyo rango es el de una ley.

Es discutible que sea la Ley de Tributación Municipal, dictada mediante Decreto Legislativo, la norma mediante la cual se establecen ciertos parámetros para el ejercicio del poder tributario de los gobiernos locales, ya que ellos estaban regulados en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Sin embargo, el tema de fondo es que si bien no existe diferencia entre el rango legal de los tributos de origen municipal y

aquellos que son creados por el Congreso, como no podría ser de otra forma, debe existir cierta articulación y orden entre los tributos que crean las municipalidades y los del gobierno central. De lo contrario, podríamos llegar a situaciones en las que el uso indiscriminado de la potestad tributaria por los municipios los conduzca a establecer imposiciones a actividades que no les compete gravar o lo hagan en materias que ya son gravadas por impuestos nacionales, lo cual tendría como único perjudicado al contribuyente. Es pues un problema no de jerarquías sino de competencias. Quien se ocupa de establecerlas es la Constitución y de desarrollarlas la ley.

Si bien corresponde a una cuestión mas bien de orden formal, las municipalidades distritales incurren a menudo en la inobservancia de un requisito para la validez de sus normas tributarias, que consiste en que sometan a ratificación de su respectiva municipalidad provincial las ordenanzas con las que regulan sus tributos. Este hecho ha merecido incluso denuncias ante la Defensoría del Pueblo. Es que, formalmente, sin tal ratificación un tributo no podría ser exigido a los particulares. Ese requisito puede no resultar suficiente para controlar el ejercicio de la potestad tributaria municipal, pero debe ser una forma de racionalizar y armonizar los cobros tributarios municipales puesto que, en el caso contrario, las diferencias entre una jurisdicción y otra no hacen sino evidenciar que no existe una política coherente ni técnica de los recursos tributarios de las municipalidades.

Hay dos clases de tasas municipales en las cuales podemos encontrar ejemplos de tributos cuya naturaleza y regulación podrían ser cuestionadas en tanto las municipalidades hacen uso de un poder tributario que no se condice con el respeto de los principios tributarios.

El primer caso es el algunos arbitrios. De por sí, la propia categoría de arbitrios no ha sido adecuadamente normada por nuestro ordenamiento. De acuerdo al Código Tributario³⁶ las tasas son los tributos que se cobran por «la prestación efectiva

³⁶ Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.

por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente». Sin embargo, se incorpora como una de las subespecies de tasa, a los denominados arbitrios. Estos son definidos como «las tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público».

Como se puede advertir, un primer problema —del cual no son responsables las municipalidades, pues no son ellas quienes han hecho tal clasificación, sino el Poder Ejecutivo al aprobar el Código Tributario—,³⁷ es la incongruencia que hay entre la definición que se da de la tasa y la que corresponde al arbitrio. Un rasgo característico de la tasa es la «individualización del servicio y su prestación efectiva». En cambio, en el arbitrio lo es «la prestación o mantenimiento de un servicio público». A la luz de ambas definiciones no se llega a comprender cómo en los arbitrios se podría cumplir con el requisito de la individualización del servicio.

Este problema de definiciones es el que ha llevado a que la categoría de arbitrio sea considerada por un sector de la doctrina más bien como un tipo de contribución³⁸ que, como ya hemos dicho, no puede ser imputado a las municipalidades. Sin embargo, dos problemas adicionales sí tienen como origen el uso específico de las facultades normativas que tienen las municipalidades para regular estos tributos. Nos referimos al establecimiento del monto a pagar por arbitrios así como a la prestación efectiva de servicios.

En cuanto al monto de los arbitrios, ya que son considerados como una clase de tasas, lo correcto es que la suma a pagar corresponda al costo efectivo del servicio. Tal y como vimos para el caso de la tasa por pasaporte, cuando el monto a pagar por una tasa resulta excesivo estamos frente a una desnaturalización del tributo y más bien nos podemos referir a un impuesto encubierto.

Ahora bien, para establecer la cuantía del cobro de arbitrios tales como serenazgo o mantenimiento de parques y jardines, las municipalidades recurren al valor y uso de los inmuebles.

³⁷ El texto del Código Tributario vigente fue aprobado por decreto legislativo.

³⁸ Que de acuerdo al Código Tributario es un tributo que se exige por los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

Las ordenanzas por las que se aprueban esos tributos establecen como criterios objetivos para establecer el monto a pagar por el contribuyente, qué valor tiene el predio que se encuentra en su jurisdicción para el pago del Impuesto Predial. De acuerdo a éste, los arbitrios que se pagan varían en su monto. Los montos también difieren si el predio tiene uso de casa habitación, comercial u otro.

Sin embargo, no existe relación entre el servicio que deben prestar las municipalidades (serenazgo o mantenimiento de parques y jardines) y el valor del inmueble del contribuyente o su uso. Tal modo de establecer la cuantía de una tasa resulta muy cuestionable por decir lo menos y convierte a los arbitrios en tributos cuyo parentesco más cercano parece el de los impuestos, que sí se basan en criterios como el valor de las propiedades de un sujeto (muestra de capacidad contributiva) para establecer la obligación de pago.

Un problema más grave es el de aquellos casos en los que las municipalidades han pretendido cobrar, y de hecho lo hacen, arbitrios por mantenimiento de parques y jardines a sujetos que habitan en áreas donde no existe ninguna área verde mantenida por la Municipalidad. Vale decir, si de por sí la individualización de estos pretendidos servicios resulta difícil cuando éstos son efectivamente prestados, ¿qué se puede decir cuando ni siquiera el servicio en sí es prestado por la municipalidad? En estos casos, no cabe duda que las municipalidades carecen de toda legitimidad para el cobro de un arbitrio. Una vez más, el dinero que así recauden solo podría corresponder a impuestos encubiertos que gravan el valor de los predios. Pero carecen de potestad tributaria para crearlos.

Un segundo caso de tasas municipales es el que corresponde al cobro por parqueo público. De acuerdo al Código Tributario esta subespecie no existe. Sin embargo, la Ley de Tributación Municipal las define como «las tasas que debe pagar todo aquel que estacione su vehículo en zonas comerciales de alta circulación, conforme lo determine la Municipalidad (...)», diferenciándolas de otras subespecies como los arbitrios, los derechos y las licencias.

Es muy frecuente que las municipalidades recurran a este recurso a través de muy variadas formas: parquímetros, tarifas únicas por todo el día, trabajadores que persiguen incesantemente a conductores, etc. Pero la pregunta central en este caso es ¿cuál es el hecho gravado por este tributo?

El uso de la vía pública para estacionarse no puede ser el hecho gravado con este tributo. Menos aun si no se le considera un derecho, pues solo en esta subespecie de tasa encontramos que su cobro procede por el «uso o aprovechamiento de bienes públicos».

Definitivamente si las municipalidades los cobran sin prestar a cambio un servicio de guardianía o vigilancia, tal cobro no podría corresponder a una tasa y sería inconstitucional. Lo más grave del caso es que muchas municipalidades distritales hacen un uso indiscriminado de tal fuente de financiamiento y el contribuyente no solo debe pagar so pena de multa un monto a cambio de nada, sino que además muchas veces el establecimiento de estos cobros se torna irracional. La irracionalidad llega a tal punto que en algunas vías públicas estacionarse a un lado de la pista está gravado y al costado no; o, por ejemplo, la rápida aparición de cobradores municipales allí donde hay un negocio próspero (un restaurante, por ejemplo), con lo que se penaliza también a esos locales abiertos al público que muchas veces ofrecen un vigilante de autos, a pesar de lo cual sus clientes deben necesariamente cumplir con el pago de un «tributo» por acudir a ellos.

5. A modo de conclusión: las acciones de interés público en materia tributaria

La potestad tributaria de un Estado no es un tema fácil de abordar. Hemos visto a lo largo de este trabajo que su ejercicio tiene límites; que los contribuyentes tienen derechos que deben ser respetados; y que un inapropiado uso del poder tributario no solo acarrea cobros ilegítimos sino a veces estados de indefensión para los particulares.

En un Estado democrático la creación y la recaudación de tributos, así como la administración de los recursos, se convierte en un asunto medular. No se puede pensar en un Estado respetuoso de los derechos de sus ciudadanos sino se imponen obligaciones pecuniarias justas y equitativas, además con un sustento técnico que garantice una adecuada distribución de la carga tributaria. Este es el reto más importante que debe asumir cualquier acción de interés público.

La fiscalización del ejercicio de la potestad tributaria requiere del conocimiento de la materia pero también de los mecanismos que la puedan hacer viable. Por ello, una reciente norma que apunta a la transparencia económica y fiscal del Estado nos parece una medida muy adecuada, pues implica entre otras cosas la obligación de publicar para someter a consulta ciudadana muchas de las decisiones que finalmente van a influir en la regulación de los tributos de nuestro país.

En tal sentido, la consulta ciudadana puede facilitar la participación de la sociedad civil y su pronunciamiento anticipado en contra de posibles dispositivos que no respetaran los más elementales derechos de los contribuyentes ni los consabidos principios tributarios.

Si, como parece, la Constitución pronto será sustituida, este momento es muy oportuno para repensar muchos de los temas que hemos mencionado. Por ejemplo, quiénes deben gozar de potestad tributaria, cómo debe ser ejercida y de qué mecanismos gozan los contribuyentes para oponerse a los tributos mal creados. En países con sociedades civiles más fuertes se han realizado incluso de verdaderos paros efectuados por los contribuyentes, quienes deliberadamente han dejado de pagar los tributos que consideraban injustos. Estas medidas de fuerza, con el riesgo que pueden implicar ya que las deudas vencidas podrían cobrarse coactivamente, han servido en muchos casos para que el Estado retroceda y rectifique. No proponemos esta salida pero sí sirve la reflexión para ratificarnos en la idea que el conocimiento de la materia tributaria, de las garantías y derechos de los contribuyentes, es uno de los elementos más importantes a considerar cuando pensamos en formas adecuadas

de controlar el actuar del Estado. En este asunto, al Estado también le compete encargarse de difundir y hacer públicas sus políticas fiscales y, cómo no, educar a sus contribuyentes.

La Defensoría Especializada en Asuntos Tributarios debería ser la siguiente medida. Es necesario que la Defensoría asuma un rol más activo en la vigilancia del respeto por los contribuyentes, no solo en el ámbito de la creación de tributos sino también respecto de la actuación de las administraciones tributarias. Ya hemos dicho que es saludable la creación de la Defensoría del Contribuyente al interior de la SUNAT, ejemplo que debería ser seguido por las principales municipalidades. Pero no se puede negar que un control desde fuera de la institución puede ser más efectivo.

La interposición de acciones de inconstitucionalidad contra leyes, decretos legislativos u ordenanzas, que creen tributos sin respetar lo dispuesto por la Constitución, es algo en lo cual todavía la Defensoría del Pueblo está en deuda. Teniendo en cuenta que esa acción no puede ser interpuesta sino por determinados sujetos o un elevado número de ciudadanos, y que es, además, la vía idónea para atacar las normas inconstitucionales, no puede ser una medida ajena a la actuación de la Defensoría.

Siendo realmente un tema difícil de agotar, baste mencionar que en el campo de los conflictos entre contribuyentes y Estado, sea por la creación de tributos o por la administración de los mismos, existe de hecho más de un conflicto de intereses y pueden ser numerosas las ocasiones en las que la defensa particular puede redundar en la protección de los derechos de toda la categoría de contribuyentes. Es a eso a lo que debe apuntar la búsqueda de acciones que, haciendo uso de una redefinición del interés público, permita que todos aquellos que financiamos la actividad y sobrevivencia del Estado, seamos los primeros en ser respetados por un orden que se precie de garantizar el Estado de Derecho.

LAS ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ELIZABETH SALMÓN*

1. Introducción
2. Las acciones de interés público desde una perspectiva sustantiva: la noción de interés público internacional
3. Las acciones de interés público desde una perspectiva adjetiva: ¿cómo participa la sociedad civil internacional en la defensa del interés público internacional y concretamente en la defensa de los derechos humanos?
 - 3.1. El sistema universal
 - 3.2. El sistema americano
 - 3.3. El sistema europeo
4. Interrelación entre las acciones de interés público en el derecho internacional y el derecho interno: el caso de Perú
5. Conclusiones

* Profesora de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la PUCP. Con mi agradecimiento a Giovanna García Saavedra, Asistente de Cátedra del Seminario de Integración en Derecho Internacional, que tengo a mi cargo en la Facultad de Derecho, por el valioso apoyo brindado en la elaboración de este artículo.

1. Introducción

El Estado de Derecho tiene como uno de sus fines primordiales la protección de los derechos de las personas. En esta medida salvaguarda los intereses jurídicamente relevantes de estas no solo a través de su reconocimiento, sino concediendo situaciones jurídicas de ventaja a través de normas en las que se reconoce la prevalencia del interés del individuo respecto a otros intereses que podrían colisionar o interferir con los intereses del primero.¹

Lo hace mediante la legitimación de los particulares para la propia defensa de sus derechos (derechos subjetivos). Asimismo, en los casos en los que el interés reconocido trasciende la esfera individual, obliga al Estado a asumir la tutela de estos y confiere facultades a determinadas instituciones —INDECOPI o la Defensoría del Pueblo, entre otros— para iniciar procesos a fin de proteger el interés público.

En palabras de Escola,² el interés público que se busca proteger no es sino resultado de la sumatoria de intereses individuales de los miembros de una comunidad. Se trata de una mayoría de intereses individuales coincidentes, que es *interés* porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayori-

¹ Así, por ejemplo, el interés del propietario se ve puesto en situación de prevalencia respecto al interés que podrían tener otros sujetos en gozar de ese espacio, ya sea para transitar en él libremente o para ocuparlo. Esta posición prevalente de un sujeto (propietario) en sus relaciones con otros (terceros), reconocida en las normas, es la que se conoce como situación jurídica de ventaja.

² ESCOLA, Héctor. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 240. La noción de interés público ha sido estudiada mayormente por el Derecho Administrativo y Procesal, así un autor como GOZAÍNI, Oswaldo (*Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*, p. 400), define también el interés público como «aquel que desborda el ámbito subjetivo, compuesto por intereses supraindividuales que despiertan la atención del Estado para activar su protección».

taria, y que es *público* porque se asigna a toda la comunidad como resultado de esa mayoría coincidente. El Estado, consciente de que no basta reconocer la existencia de este tipo de intereses mediante su consagración en normas jurídicas, crea instrumentos eficaces de protección de los mismos e instaura las llamadas acciones de interés público.

Cuando hablamos de acciones de interés público nos referimos, por tanto, a aquéllas en las que la base de la pretensión afecta a la comunidad en su conjunto. En otras palabras, a las pretensiones que tutelan los intereses públicos a fin de brindar mecanismos para subsanar o impedir la vulneración de los intereses protegidos. Si se traslada esta noción al plano internacional, que es materia de este artículo, vemos que esta clase de acciones no resultan claramente identificables en la mayoría de los casos, aunque sí en un aspecto fundamental del orden internacional como es el de la defensa de los derechos humanos.

En efecto, en la medida en que las acciones de interés público no se limitan al interés estatal (en sentido estricto) —ya que se refieren al interés de los miembros de una comunidad y, en tal virtud, la sociedad asume también un rol en su protección—,³ resulta posible afirmar que es especialmente en el ámbito del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH en adelante) donde podemos encontrar, tanto desde una perspectiva sustantiva como desde una adjetiva, una serie de elementos que hacen más tangible la presencia de las acciones de interés público (comprendidas en sentido amplio) como mecanismo de defensa y perfeccionamiento de los derechos humanos.

³ En el orden conceptual el interés público se ha definido desde dos perspectivas, por un lado como el interés protegido por el Estado y, por otro lado, se le ha asociado no solo al rol de los órganos estatales sino a determinadas instituciones sociales. A lo largo de este artículo, como se puede desprender de esta Introducción, nos inclinamos por el segundo de los conceptos. Sobre el particular y para una mayor explicación del tema ver GONZÁLEZ, Felipe. «Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público. Argentina, Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 7, pp. 15-49 y PRIORI, Giovanni y BUSTAMANTE, Reynaldo. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: ARA, 1997, pp. 34-35.

Los derechos humanos representan un interés que por naturaleza es público. Esto lleva al Estado a plasmar su protección en distintos instrumentos internacionales —al conjunto de los cuales también se conoce como el DIDH— que tienen como principal efecto autolimitar la actuación de este respecto a sus ciudadanos. Si bien el Estado es el primer llamado a velar por el cumplimiento de estos valores reconocidos, se crea (para el caso de que los mecanismos internos no logren este objetivo) una serie de mecanismos internacionales de protección de derechos humanos para que los intereses de los individuos no queden en ningún caso desprotegidos.

En este artículo vamos a analizar cómo se desenvuelven estas acciones de interés público en materia del DIDH y cómo pueden repercutir en el ámbito interno del Estado.

2. Las acciones de interés público desde una perspectiva sustantiva: la noción de interés público internacional

El interés público se encuentra también presente en el ámbito internacional aunque no vinculado al Estado, sino a un conjunto de Estados y otras entidades que componen la sociedad internacional.

Esto se deriva del propio concepto de derecho internacional como un conjunto de normas que pretende regular la sociedad internacional⁴ que, a su vez, se encuentra conformada por Estados (como sujetos primarios del orden internacional), organizaciones internacionales y el propio individuo o ser humano como agente activo en la defensa de los derechos humanos, entre otras. De esta manera, el concepto mismo de interés público resulta de un consenso en torno a intereses que la comunidad internacional, así compuesta, considera vitales para su propia supervivencia o cuya violación afecta a la comunidad internacional en su conjunto.⁵

⁴ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 4ª ed. París: Dalloz, 1998. p. 1.

⁵ En este sentido, el numeral 2 del artículo 19º del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados de 1981 utiliza esta noción para la definición del crimen internacional que es: «El hecho internacionalmente ilícito resultante de una

El interés público internacional como puede verse trasciende el interés meramente estatal para resultar de un consenso internacional que, en el peor de los casos, podría considerarse multiestatal o multilateral, por definición, siempre disímil de lo unilateral. Su formulación conocida es básicamente jurídica y algunos lo hacen coincidir con las normas de orden público internacional que, según Levi,⁶ abarca tanto las normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens*,⁷ como el orden legal en su totalidad, incluyendo sus metas espirituales y sociales. En este sentido, tiene efecto vinculante de manera inmediata y directa y está sujeto a cambios como cualquier otra norma de derecho positivo.

Esto significa que el orden público internacional no se limita a las normas de *ius cogens*, sino que se refiere al conjunto de normas mínimas que regulan la convivencia de la comunidad internacional. En tal sentido, según Jaenicke,⁸ contiene principios y reglas relativos a la formación y cambio del derecho internacional, principios y reglas relativos a la estructura organizacional de la comunidad internacional, y principios y reglas de derecho sustantivo que sirven intereses importantes de la comunidad internacional y son considerados esenciales para la protección de esos intereses.

Ahora bien, la protección internacional de los derechos humanos se ha convertido en parte del orden público internacio-

violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la *salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional* que su violación está reconocida como un crimen por esa comunidad en su conjunto» (la cursiva es nuestra).

⁶ LEVI, Werner. «The International Ordre Public». *Revue de Droit International*, N° 1, 1994, p. 56.

⁷ El artículo 53° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece una definición ampliamente aceptada de *ius cogens*: «(...) una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter».

⁸ JAENICKE, Günther. «International Public Order». En *Encyclopedia of Public International Law*. Published by the Max Planck Institute for Comparative Law and International Law under the direction of Rudolf Bernhardt, 1992, p. 1350.

nal. Al respecto, es necesario precisar que los principales instrumentos internacionales sobre la materia distinguen en su interior un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia ni lugar. Estas normas constituirían un verdadero núcleo duro de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de *ius cogens* o normas imperativas de la comunidad internacional,⁹ incluidas dentro del orden público internacional.

Así, estas normas de derechos humanos, que son de *ius cogens*, pertenecen al grupo de normas de orden público, ya que su trasgresión socava las bases de la convivencia social. Pero a su vez, todas las normas de derechos humanos son normas de interés público, por cuanto es de interés de la comunidad internacional en su conjunto velar por la protección de estos derechos, tal como se refleja en los tratados que versan sobre esta materia. Y es que las normas de orden público recogen el interés público en su contenido mínimo indispensable. Lo que no significa que el interés público se reduzca al orden público, toda vez que este es esencialmente relativo, en la medida que se expande obedeciendo al interés mayoritario, por lo que puede reorientarse en tanto que cambien los valores a ser considerados prioritarios por la sociedad.

3. Las acciones de interés público desde una perspectiva adjetiva: ¿cómo participa la sociedad civil internacional en la defensa del interés público internacional y concretamente en la defensa de los derechos humanos?

En el ámbito del DIDH varios de los instrumentos internacionales crean órganos de control que velan porque los Estados cumplan con las disposiciones de aquellos.¹⁰ Pero todos estos

⁹ Un mayor desarrollo de este tema se encuentra en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 107-108. Asimismo, ver también SALMÓN, Elizabeth. «América Latina y la universalidad de los Derechos Humanos». *Agenda Internacional*, Año VI, N° 12, enero-junio 1999, pp. 123-136.

¹⁰ Nos referimos al Estado por cuanto los mecanismos de protección que toca examinar en este acápite atienden denuncias por violaciones de derechos humanos for-

mecanismos son subsidiarios a la actuación de los Estados desde que son ellos mismos los primeros que deben vigilar por el respeto y cumplimiento de estos derechos y remediar cualquier amenaza o violación de los mismos. Solo una vez que se han agotado todos los mecanismos provistos por los propios Estados, se puede acudir a la esfera internacional.¹¹ Por esta razón, Medina¹² sostiene que el modelo de supervisión internacional ideal es aquel que hace prácticamente innecesaria la supervisión internacional.

En este contexto, haremos un breve análisis de los tres grandes sistemas que se encargan de velar por la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional vía la interposición de las denominadas acciones de interés público.

3.1. El sistema universal

El *sistema universal* está formado por: (i) el Comité de Derechos Humanos que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (ii) el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (iii) el Comité contra la Tortura, que vigila el cumplimien-

muladas contra los Estados. No obstante, el Estatuto de la Corte Penal Internacional permitirá llevar a juzgamiento a los propios individuos que cometan actos violatorios graves de derechos humanos, constituyéndose también como una forma indirecta de protección de los derechos humanos. Para mayor información, ver SALMÓN, Elizabeth y GARCÍA, Giovanna. «Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos: El caso de los tribunales *ad hoc* para la ex -Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la Subjetividad Internacional del ser humano». *Derecho & Sociedad*, Nº 15, Año XI, pp. 9-28.

¹¹ Los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos prevén una serie de requisitos de admisibilidad para que se pueda acudir a los órganos de protección que vigilan su cumplimiento. Entre ellos tenemos: el consentimiento de los Estados, el agotamiento de los recursos internos, el no haber acudido ante otro órgano internacional de protección, la compatibilidad con el Convenio respectivo (en tiempo, lugar, materia, persona) y que la solicitud no sea manifiestamente infundada o carente de contenido (ejercicio abusivo).

¹² MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (eds.). *El Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, p. 33.

to de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes; (iv) el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que vigila por el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y (v) el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que vigila el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Cuando nos referimos al sistema universal, estamos en el ámbito de las Naciones Unidas como la organización internacional principal que reúne a la gran mayoría de los Estados y que tiene como uno de sus propósitos el mantenimiento de la paz y la defensa de los derechos humanos.

Esta organización ha promovido la adopción de una serie de tratados en materia de derechos humanos, creando inclusive, ya sea a través de los mismos instrumentos internacionales o de otros instrumentos adicionales, órganos que controlan el cumplimiento de sus disposiciones. Es el caso de los comités antes enunciados, que se encargan de vigilar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados respectivos en el territorio de los Estados que hayan aceptado su competencia.

Estos comités monitorean el cumplimiento de los tratados a través de los Informes que reciben de cada uno de los Estados partes. Asimismo, los propios Estados velan por su cumplimiento teniendo capacidad de acudir ante estos órganos cuando consideren que algún otro Estado está violando el tratado.

Pero el avance más significativo en lo que a acciones de interés público se refiere radica en la admisión por parte de estos comités, con excepción del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de quejas individuales.¹³ Es de

¹³ El artículo 90° del Reglamento del Comité de Derechos Humanos prescribe, acerca de la admisibilidad de una comunicación individual, que se encuentra legitimada «toda persona que alega, de modo suficientemente justificado, ser víctima de una violación por ese Estado parte de cualquiera de sus derechos enunciados en el Pacto. Normalmente la comunicación deberá ser presentada por la propia persona o por su representante; no obstante, se podrá aceptar una comunicación presentada en nombre de una presunta víctima cuando sea evidente que esta no está en condiciones de presentar personalmente la comunicación». Disposición similar se en-

cir, cualquier individuo sometido a la jurisdicción de un Estado parte, que considere que sus derechos han sido vulnerados, tiene capacidad (sujetividad activa) para acudir ante estos órganos y presentar su denuncia contra el mismo.

No obstante, si bien este sistema permite con gran flexibilidad el acceso del propio individuo en defensa de un asunto de tan público interés como son los derechos humanos, las decisiones que emite dicho órgano no tienen carácter jurídico vinculante. Lo que significa que el incumplimiento de estas decisiones no genera responsabilidad internacional para el Estado, sino que su cumplimiento se encuentra dentro del marco de actuación discrecional del Estado y sujeto a la buena fe del mismo. Sin embargo, esto no quiere decir que las decisiones no tengan mayor importancia, ya que la presión que representa la comunidad internacional influye en los Estados para adoptar las medidas dictadas por los comités.

3.2. El sistema americano

Paralelamente a este sistema y dentro del ámbito regional tenemos el *sistema americano de protección de derechos humanos*. Este es un sistema de estructura dual que, por sus características, es uno de los que permite una mayor protección de los derechos humanos como tema de interés público.

En este sistema funcionan dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Americana de Derechos Humanos (en adelante la Corte). Ambos órganos se encargan de velar por los derechos de los individuos dentro del marco que establecen los tratados, declaraciones y reglamentos aplicables a cada uno de ellos.

cuenta contenida en los artículos 107° y 91° del Reglamento del Comité Contra la Tortura y del Reglamento del Comité para la Eliminación de Todas las Formas Discriminación Racial, respectivamente. Recientemente, ha entrado en vigor el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo artículo 7° ha establecido la posibilidad de interponer comunicaciones individuales.

Ahora bien, dentro del sistema se han abierto hasta dos subsistemas. Uno de ellos está compuesto por los Estados que, siendo miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA en adelante), no forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y se encuentran bajo el control únicamente de la Comisión, que aplica en estos casos la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, la Carta de la OEA, el Reglamento y el Estatuto de la Comisión. El otro está integrado por los Estados que siendo partes de la Convención han hecho además la declaración de sometimiento a la jurisdicción contenciosa de la Corte, a éstos se les aplica la propia Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Corte.¹⁴

La Comisión da inicio a todo el sistema, constituye una puerta de acceso al mismo. En cualquier caso, lo cierto es que en este sistema, al igual que los comités de los distintos tratados en el sistema universal, se ha previsto que sea el propio individuo cuyos derechos están siendo amenazados o han sido violados quien pueda acceder ante la Comisión. Pero, a diferencia de los otros sistemas, en este caso no es solo la víctima (potencial o en sentido propio) quien puede acudir ante este órgano, sino que también puede hacerlo cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, ya sea en su nombre o en el de terceras personas. El objetivo de esta medida es, en última instancia, hacer más eficaces los recursos. Más aun, la Comisión puede seguir, si lo considera necesario, un caso de *motu proprio*.¹⁵ Es decir, se ha entendido que en materia de de-

¹⁴ Actualmente, de los 34 Estados que son miembros de la OEA, 24 son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. De estos 24 Estados, 21 se han sometido —a través de la Declaración prevista en el artículo 62 de la Convención Americana— a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana siendo Dominica, Granada y Jamaica los únicos Estados que a la fecha no han emitido tal declaración.

¹⁵ De acuerdo con el antiguo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en lo que se refería a la presentación de peticiones individuales, el artículo 26° señalaba expresamente que: «1. Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad

rechos humanos nos encontramos frente a un interés tan relevante y digno de protección, que trasciende la esfera individual de la víctima y corresponde a la Organización o a cualquier individuo, que de alguna manera se sienta afectado, interponer una acción en este sistema con el propósito de dar mayor eficacia a la solución de los conflictos de intereses.

Sin embargo, al igual que en el sistema universal, la Comisión no emite resoluciones de carácter vinculante. Los informes que expide contienen recomendaciones que, como su nombre lo indica, carecen de los efectos de una resolución jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría responsabilidad del Estado.¹⁶ No obstante, el mismo solo está obligado a hacer sus mejores esfuerzos para dar cumplimiento a estas recomenda-

con su Reglamento, en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a presuntas víctimas de violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 2. Asimismo, la Comisión podrá, de *motu proprio*, tomar en consideración cualquier información disponible que le parezca idónea y en la cual se encuentren los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin». Conviene señalar que esta facultad con que cuenta la Comisión ha sido ampliada a través de la adopción del nuevo Reglamento de la Comisión, que entró en vigor a partir del 1 de mayo del 2001, por el cual, la Comisión está facultada para recibir denuncias individuales en caso de violación del Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el Reglamento.

¹⁶ Al respecto la propia Corte Interamericana ha señalado en más de una sentencia, como la sentencia del caso Caballero Delgado y Santana, del 8 de diciembre de 1995, y la del caso Genie Lacayo, del 29 de enero de 1997, en sus párrafos 67 y 93 respectivamente, que: «A juicio de la Corte, el término "recomendaciones" usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31°.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31°.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria».

ciones, pero no existe una obligación derivada de las mismas, pasible de generar responsabilidad estatal.¹⁷

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, puede expedir resoluciones de carácter vinculante cuyo incumplimiento sí genera responsabilidad internacional.¹⁸

Sin embargo, en esta etapa el individuo no tiene la calidad de parte procesal desde que los únicos facultados para litigar ante la Corte son los propios Estados y la Comisión que representa los intereses del individuo. Este tema resulta discutible si se tiene en cuenta que en la etapa anterior fue la misma Comisión la que evaluó la posibilidad de acudir ante la Corte en calidad de tercero distinto de las partes.¹⁹

A pesar de esta situación, cabe destacar que el individuo no resulta totalmente apartado o excluido del proceso ya que el Reglamento de la Corte ha previsto que las víctimas o sus familiares puedan presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma.²⁰

¹⁷ En el caso *Loayza Tamayo*, de fecha 17 de septiembre de 1997, seguido ante la Corte Interamericana, ésta se ha pronunciado también en sentido similar a los casos de *Caballero Delgado y Genie Lacayo*, antes citados. Pero, además, ha declarado en el parágrafo 81 de la sentencia que: «Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31°.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio».

¹⁸ El artículo 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: «1. Los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga la indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».

¹⁹ Cuando un individuo lleva un caso ante la Comisión Interamericana es esta la que examina el caso como un ente distinto a las partes, que en esta etapa son el individuo y el Estado denunciado. Sin embargo, cuando el caso llega a la Corte es la Comisión quien actúa como parte procesal asumiendo el caso del individuo frente al Estado y respecto del cual ya opinó anteriormente. Es decir, la Comisión estaría cumpliendo un rol que se asemeja a juez y parte en el proceso.

²⁰ Conforme al artículo 23° del Reglamento vigente de la Corte en lo que se refiere a la representación de las víctimas o de sus familiares, se establece que «En la etapa

3.3. El sistema europeo

Finalmente, tenemos el *sistema europeo de protección de derechos humanos*, que admite denuncias planteadas directamente por los mismos individuos. Estos se constituyen como parte procesal ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con competencia para emitir resoluciones que, al igual que en el caso de la Corte Interamericana, resultan de carácter vinculante para las partes.²¹ La diferencia con el sistema americano radica en que aquí solo la víctima se encuentra legitimada para interponer una denuncia ante el sistema y no un tercero; mientras que, como vimos, en el sistema americano otros lo pueden hacer (artículo 44° de la Convención Americana).²²

de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma». Esto significa que los individuos no pueden participar desde el inicio del proceso ante la Corte. Sin embargo, con fecha 24 de noviembre del 2000, la Corte ha aprobado un nuevo Reglamento que entrará en vigor a partir del 1 de junio del 2001, en el que la posibilidad de participación de la víctima y/o sus familiares se ha ampliado saludablemente, permitiendo su intervención en todas las etapas del proceso ante la Corte. Así el numeral 1 del artículo 23° del nuevo Reglamento, señala que: «Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso».

²¹ De acuerdo con el artículo 53° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4.XI.1950): «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios que sean partes». Asimismo, a diferencia del sistema americano, en el sistema europeo el individuo es parte procesal, tal como lo establece el artículo 34° del Protocolo 11 del Convenio: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de personas particulares que se considere víctima de una violación por las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

²² Ver nota 21. Además, en el sistema americano el antiguo Reglamento de la Comisión ha previsto en su artículo 26° que «Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad con el presente Reglamento, en su nombre propio o en el de terceras personas, referentes a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre». Esta disposición, en cuanto a los sujetos habilitados para presentar la petición, se repite en el artículo 23° del nuevo Reglamento.

En resumen, la comunidad internacional ha considerado que el DIDH corresponde a una materia de interés público por los valores que se encuentran detrás de los derechos humanos. Estos han sido positivizados y reconocidos por todos los Estados como condiciones mínimas que regulan las actuaciones de los Estados en sus relaciones internacionales. Pero además los Estados han entendido que no basta con reconocer estos derechos, sino que para dotar de eficacia al cumplimiento de los mismos, cualquier trasgresión contra ellos debe ser pasible de sanción. Para esto se han instaurado mecanismos de control internacionales que cuentan con facultades suficientes para vigilar el cumplimiento de las disposiciones de los tratados. Asimismo, han dotado al individuo, en la mayoría de casos, de legitimación activa para acudir ante los órganos de control.

Si bien la decisión adoptada por estos órganos de control es en algunos casos vinculante y en otros no, lo cierto es que en el diseño de todos estos sistemas se ha considerado la tutela de estos derechos como interés público.

Un tema que merece consideración aparte es el de la Corte Penal Internacional, cuyo tratado aún no ha entrado en vigor.²³ Una vez que se instaure va a significar un gran avance en materia de acciones de interés público desde que, cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas e inclusive los fiscales de la Corte cuentan con legitimidad para obrar, es decir, se encuentran aptos para

²³ Para su entrada en vigor es necesaria la ratificación de por lo menos sesenta Estados, tal como lo señala el artículo 126° inciso 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: «El presente tratado entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión». Actualmente solo ha sido ratificado por 29 Estados, entre los que se encuentran: Senegal, Trinidad y Tobago, San Marino, Italia, Fidji, Ghana, Noruega, Belice, Tayikistán, Islandia, Venezuela, Francia, Bélgica, Canadá, Malí, Nueva Zelanda, Botswana, Sierra Leona, Lesotho, Luxemburgo, Gabón, España, Sudáfrica, Alemania, Austria, Islas Marshall, Finlandia y Dominica. Por su parte, el Perú dispuso la firma de ese Estatuto mediante Resolución Suprema N° 564-2000-RE23 de 5 de diciembre del 2000. Además, a través de la Resolución Suprema N° 064-2001-RE23 de 13 de febrero pasado, el Congreso de la República recibió por parte del Poder Ejecutivo toda la documentación referida al Estatuto de Roma, a fin de cumplir con el proceso de ratificación que lamentablemente hasta la fecha no ha tenido lugar.

plantear una acción contra el individuo presuntamente responsable de esas violaciones. Esto significa una traslación del sistema penal de los Estados —que tiene una naturaleza eminentemente pública por los intereses que protege— al plano internacional, reconociendo con ello el carácter de interés público que tienen las normas de derechos humanos.

4. Interrelación entre las acciones de interés público en el derecho internacional y en el derecho interno: el caso de Perú

Las acciones de interés público comienzan en el ámbito interno de los Estados y, de no encontrar solución a este nivel, continúan en el ámbito internacional. Una vez que se logra una decisión definitiva en el ámbito internacional, se hace necesario un mecanismo jurídico que haga posible el cumplimiento de las recomendaciones y/o sentencias en el ámbito interno. Esta interrelación entre el ámbito interno e internacional hace posible que la solución del conflicto pueda ser implementada en la práctica logrando la plena satisfacción del interés público.

En este sentido, el Perú recientemente ha promulgado el Decreto Supremo N° 014-2000-JUS, de fecha 22 de diciembre del 2000, por el cual ha establecido procedimientos a fin de propiciar el seguimiento de las recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, constituye un Grupo de Trabajo que asumirá funciones del Consejo Nacional de Derechos Humanos.

El ámbito de aplicación de esta norma es relativamente amplio desde que el Estado Peruano ha ratificado todos los Convenios en el ámbito universal a que se ha hecho referencia en el acápite anterior y se encuentra sometido a la competencia del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación Todas las Formas de Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.²⁴

²⁴ En lo que se refiere al Comité de Derechos Humanos, a partir del 3 de octubre de 1980, con la adhesión al Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en lo relativo al Comité para la Eliminación de Todas las Formas

En lo que se refiere a órganos que expiden recomendaciones en el ámbito regional americano, desde el 28 de julio de 1978, con la sola ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos el Perú aceptó la competencia de la Comisión en materia de reclamaciones individuales.²⁵ Precisamente las decisiones de estos órganos —que no tienen *per se* carácter jurídicamente vinculante—, conforme al referido Decreto Supremo pasarán a ser procesadas de acuerdo con los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados y cooperación con las instancias internacionales.

En cumplimiento de lo dispuesto en este Decreto Supremo, el Consejo de Derechos Humanos se encarga de coordinar el seguimiento de las recomendaciones. Para ello el Ministerio de Relaciones Exteriores pondrá en conocimiento del Consejo todas estas recomendaciones o decisiones y las evaluaciones de la Cancillería al respecto.

Asimismo, la norma manda se constituya un Grupo de Trabajo que presentará un proyecto de ley que permita el adecuado seguimiento de las recomendaciones emanadas de los mecanismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos.

Paralelamente, se han venido dando algunos pasos en el cumplimiento de estas recomendaciones. En efecto, el Poder Judicial ha pretendido llevar a la práctica esta disposición al tomar algunas medidas que podrían resultar de interpretación cuestionable.

de Discriminación Racial, a partir de la declaración de 27 de noviembre de 1984, realizada casi trece años después de la adhesión a la Convención, que se produjo el 29 de septiembre de 1971; y en cuanto al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Perú depositó su instrumento de ratificación el 9 de abril de 2000, por lo que se encuentra sometido a la competencia de este Comité a partir del 9 de julio de 2001. Actualmente se encuentra todavía en evaluación la Declaración del artículo 22° de la Convención contra la Tortura, ratificada por el Perú el 7 de julio de 1988, que facultaría al Comité contra la Tortura a conocer casos individuales contra el Perú.

²⁵ En realidad, antes de esta fecha, el Perú con la sola membresía en la OEA, y más precisamente a partir de la Reforma de Buenos Aires de la Carta, en 1965, aceptó que la Comisión pudiera recibir reclamaciones individuales referentes a la violación de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre.

Un caso es el de Vásquez Vejarano, magistrado de la Corte Suprema que fue removido de su cargo durante el gobierno anterior. Este interpuso una acción de amparo ante el Poder Judicial demandando su reposición en el cargo. Al no gozar de mecanismos judiciales adecuados en este nivel, acudió al sistema interamericano a través de una denuncia ante la Comisión. Esta finalmente emitió un informe²⁶ en el que recomienda al Estado Peruano reintegrar al magistrado en su cargo.

El caso fue resuelto finalmente por el Consejo Transitorio del Poder Judicial a favor del citado magistrado, declarando que «la recomendación es como un mandato imperativo y vinculatorio dado el hecho que el Estado Peruano ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos». ²⁷ En esta sentencia se confiere a las recomendaciones un carácter que no es connotativo a estas, toda vez que se les otorga un carácter jurídico vinculante que, de acuerdo a la Convención Americana (y al propio texto del D.S. 014 antes citado²⁸), no tiene en sí misma ya que, como vimos, no genera responsabilidad estatal alguna.

En esta misma línea, tenemos el caso Asencios Lindo, presentado a la Sala Especializada de Derecho Público ante la que los demandantes solicitan su excarcelación sobre la base de un Informe de la Comisión Interamericana. ²⁹ En el Informe la Comisión recomienda al Estado Peruano reparar las violaciones cometidas por la violación de las garantías judiciales en los procesos seguidos por terrorismo bajo el amparo de la legisla-

²⁶ Informe N° 49/00, de fecha 13 de abril del 2000, correspondiente al Caso 11.182. Ver <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/mecanism/11182.htm>.

²⁷ Resolución Administrativa N° 026-2001-CT-PJ del Consejo Transitorio del Poder Judicial, de 1 de febrero del 2001, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* de 14 de febrero del mismo año.

²⁸ El quinto considerando de la mencionada norma precisa: «Que, en los caos (sic) de decisiones o recomendaciones de los mecanismos de protección internacional que no poseen una fuerza jurídica vinculante, existe siempre el deber de cooperación para coadyuvar a la promoción y protección de los derechos humanos en los territorios de los países miembros».

²⁹ Sentencia de la Sala Especializada en Derecho Público correspondiente al Expediente N° 151-2000-HC, del 22 de marzo del 2001, sobre la acción de *habeas corpus* interpuesta por Rodolfo Gerbert Asencios Lindo y Rodolfo Dynnik Asencios Lindo contra el Estado Peruano.

ción sobre la materia. Nuevamente, en la sentencia de la Sala Especializada de Derecho Público, se hace mención al carácter vinculante de las recomendaciones, declarando sobre esta base fundada la demanda y la excarcelación —que no nuevo procesamiento, que en nuestra opinión hubiera sido una solución más adecuada— de los solicitantes.

En este caso la sentencia adolece de graves defectos técnicos, no solo por atribuir a las recomendaciones un carácter que no tienen, sino porque se ha planteado el agotamiento de recursos internos —requisito de admisibilidad— como algo extraordinario a ser tenido en cuenta para resolver, cuando en realidad para que un peticionario pueda acudir ante la Comisión tiene que haber agotado la vía interna o señalar que resulta imposible hacerlo.³⁰

Nuestras discrepancias con la argumentación utilizada en estas sentencias no deben ser leída como oposición al cumplimiento de las recomendaciones de los mecanismos no jurisdiccionales. Si bien consideramos que tanto por los precedentes en los que el Perú ha incurrido, como por el nuevo contexto por el que atraviesa el país y en el espíritu del D.S. N° 014-2000, es prioritario el seguimiento de las decisiones y/o recomendaciones internacionales, no se debe perder de vista que esta actuación responde a un acto del Estado más que al cumplimiento de una obligación internacional. La recomendación puede tener vocación de cumplimiento, pero no tiene alcance vinculante en el sentido de generar responsabilidad al Estado que no sigue sus preceptos.

Lo cierto es que el comportamiento del Estado permite dilucidar una toma de conciencia en lo que se refiere a dotar con mayor efectividad a estos mecanismos internacionales, que contienen verdaderas acciones de interés público para la defensa de los derechos humanos. No obstante, para garantizar una mejor tutela de esos intereses, se requiere la reflexión y el apoyo de instituciones que estén en capacidad de llevar adelante,

³⁰ Véanse artículos 46° de la Convención; 37° y 30° del antiguo y nuevo Reglamento de la Comisión, respectivamente.

adecuadamente y sin excesos, las decisiones que se adopten en el plano internacional.

5. Conclusiones

Cuando nos referimos a las acciones de interés público en el ámbito del DIDH, constatamos que en el seno de las distintas organizaciones internacionales se ha experimentado un gran desarrollo al haberse facultado al individuo a acudir en defensa de sus propios derechos.

Los derechos humanos constituyen en la actualidad un tema de interés público que concita la atención de la comunidad internacional en su conjunto. Pero, a su vez, los Estados han plasmado este interés en tratados que cuentan con mecanismos propios de supervisión y vigilancia, ante los que finalmente se ejercen las acciones en defensa de los derechos garantizados en los mismos.

Esto ha hecho que este interés por los derechos humanos, jurídicamente relevante, haya pasado a ser también una norma de interés y orden público al positivizarse estos derechos en distintos instrumentos internacionales.

No obstante, a efectos de garantizar el cumplimiento de las decisiones que se adopten en los órganos internacionales, resulta necesaria la interrelación entre cada uno de los Estados con los órganos supervisores a fin de que estos últimos den seguimiento a decisiones que no tienen, *per se*, carácter obligatorio. Con esto se culminaría adecuadamente todo el proceso de protección de los derechos humanos y se dotaría de mayor eficacia a estas acciones.

REPENSANDO EL INTERÉS PÚBLICO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

JULIETA ESTREMADOYRO*

1. Introducción
2. Características de las acciones de interés público
3. ¿La no discriminación de género como un tema de interés público?
 - 3.1. La regulación legal de la violencia doméstica
 - 3.1.1. Una larga historia
 - 3.1.2. La opción por la denuncia
 - 3.1.3. ¿Los derechos de las mujeres como derechos humanos?
 - 3.1.4. Leyes sobre la violencia familiar
4. Bases jurídicas para el desarrollo de acciones de interés público por la no discriminación de género
 - 4.1. Los derechos humanos de las mujeres
 - 4.2. La discriminación como delito
 - 4.3. Otros temas de la no discriminación de género
 - 4.3.1. Mujer y pobreza
 - 4.3.2. Mujer y educación
 - 4.3.3. Mujer y salud reproductiva
 - 4.3.4. Mujer y empleo

* Doctora en Derecho (PhD) y Magíster en Derecho con Mención en Desarrollo (LLM) por la Universidad de Warwick, Gran Bretaña.

- 4.3.5. Mujer y participación política
- 4.3.6. Mujer y violencia sexual
- 4.4. Un aprendizaje desde la experiencia de las mujeres
- 5. Conclusiones

1. Introducción

El presente texto tiene por objetivo vincular el tema de las acciones de interés público con la evolución de las estrategias de reivindicación de género. En la medida que se está desarrollando y consolidando en la región una perspectiva y práctica en torno a acciones de interés público, este ensayo tiene un carácter exploratorio. De esta exploración se concluye que las estrategias en defensa de los derechos de las mujeres no tienen solamente líneas de coincidencia con las llamadas acciones de interés público sino que comparten las características asignadas a estas.

Esta primera constatación sin embargo, no está libre de contradicciones. Haciendo un balance de las estrategias legales realizadas con el objetivo de articular los derechos de las mujeres en la agenda estatal, particularmente en casos de violencia contra la mujer, se da cuenta de la distancia entre derecho formal y justicia sustantiva para las mujeres.

En este sentido, este ensayo concluye en la necesidad de reivindicar la acción política y la práctica social como fundamentales para generar consenso en torno a acciones de interés público que consideren las demandas específicas de las mujeres.

2. Características de las acciones de interés público

Se han definido las acciones de interés público como «aquellas acciones que permiten al ciudadano/la ciudadana participar en la toma de decisiones, en el control de la gestión pública y reclamar por el efectivo cumplimiento de sus derechos en cuestiones relacionadas con los intereses colectivos, utilizando las herramientas constitucionales existentes».¹

¹ SABSAY, Daniel y TARAK, Pedro. «Nuevas herramientas para la acción ciudadana en defensa de los derechos del medio ambiente». Fundación Poder Ciudadano,

La *acción* en este contexto no se entiende en su acepción dentro de la doctrina procesal (para iniciar un proceso jurisdiccional), sino que, como señala Gorki Gonzales,² comprende el accionar ante «cualquier autoridad con capacidad o poder suficiente para pronunciarse o decidir, influyendo positivamente sobre el asunto materia de la controversia que interesa al actor».

Otros autores incluso han manifestado que la acción puede ser la expresión de una estrategia de defensa más completa que incluye el uso de las vías «lícitas» de hecho. Sin embargo, en las discusiones en la materia, es evidente un énfasis en las acciones jurisdiccionales dirigidas contra el Estado, puesto que estas generan un mayor impacto público y su difusión en un contexto democrático sienta un precedente para la repetición de este tipo de iniciativas.

El otro elemento de reflexión es el concepto de *interés público*. A diferencia de la concepción tradicional, aquí el interés público no se identifica con lo estatal. Es más bien la coincidencia de los intereses de los ciudadanos. Gorki Gonzales sostiene que es «el espacio en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidad compartida».³ Le pertenece a la sociedad civil y generalmente implica una demanda al Estado, aunque no únicamente. Es por eso que se dice que excede a la noción —al menos más aceptada— de acciones por los derechos humanos, en cuanto estas se refieren a violaciones sistemáticas. Las acciones de interés público pueden usarse en un hecho singular y la acción puede estar dirigida contra un tercero.⁴

Argentina (Programa de Participación y Fiscalización Ciudadana). En <http://www.farn.org.ar/docs/p10/publicaciones10.html>. Consulta efectuada el 8 de mayo del 2001.

² GONZALES, Gorki. «Relatoría sobre las acciones de interés público en el Perú». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, pp. 151-197, p. 156.

³ GONZALES, Gorki. «Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 41-59, p. 43

⁴ GONZÁLEZ, Felipe. «Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Co-*

Las bases jurídicas de las acciones de interés público son aquellas de la tutela de derechos fundamentales, aunque también pueden estar inscritas en el marco de la justicia comunal y la justicia de paz. El activismo de las acciones de interés público es entonces de aquellas agrupaciones con conciencia de derechos más nuevos o emergentes, que están desarrollando una práctica para su defensa. En ese sentido, las entidades a cargo de impulsar acciones de interés público son principalmente las organizaciones no gubernamentales (ONG), las clínicas jurídicas u otros consultorios jurídicos que propician un espacio para este tipo de práctica jurídica, e instituciones como las Defensorías del Pueblo que por su naturaleza están destinadas a contribuir a la vigencia de los derechos fundamentales.

3. ¿La no discriminación de género como un tema de interés público?

Esta revisión de los elementos que conforma la noción de interés público da cuenta de que la defensa de los derechos de las mujeres comparte similares características. Sin embargo, aquí es necesario problematizar el concepto mismo de interés público. Gorki Gonzales dice que *lo público* implica «un procedimiento deliberativo que permite confrontar y articular las distintas visiones de la ciudadanía en torno a tópicos que atañen al conjunto». En otro momento añade: «lo público se refiere a los principios y valores básicos de la comunidad».⁵

¿Es —o ha sido— la no discriminación de género un valor básico de los ciudadanos de este país? En todo caso, ¿de qué porción de esos ciudadanos? Y, ¿hay en la actualidad un consenso con relación a ello o lo que vemos continuamente es que en ciertos «procesos deliberativos» la cuestión de género tiende

lombia y Perú, Santiago de Chile: Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 7, pp. 23-24.

⁵ GONZALES, Gorki. «Interés público e institucionalidad democrática: relaciones y estrategias de desarrollo de la investigación». Mimeo. Reporte Analítico del taller «Investigación en Materia de Interés Público». Santiago de Chile, 25 y 26, 1999, pp. 1-18; 1999, p. 3

con mas frecuencia de lo que quisiéramos a desaparecer? Estas interrogantes son centrales si se quiere tomar seriamente una articulación entre la no discriminación de género con el interés público.

Para quienes hemos seguido la historia y el desarrollo del movimiento de mujeres en el mundo sabemos que lo que hoy las mujeres peruanas detentan como derechos reconocidos ha sido producto de una larga y tenaz actividad política, tanto a escala nacional como mundial.⁶ Y aun una vez reconocidos estos derechos, su aplicación es una batalla cotidiana que no siempre tiene resultados positivos, porque en la no discriminación, muchas veces, ni hay consenso, ni hay voluntad para llegar a éste, y ello se da a todo nivel.

Para alcanzar reivindicaciones de género lo primero que se ha tenido que romper es la dicotomía público/privado que está en la base de una concepción del Derecho y el Estado moderno. Aunque la noción tiene orígenes tan antiguos como Aristóteles, fue desarrollada por el Derecho Natural e inspiró las declaraciones de derechos de los siglos XVII y XVIII.

La noción de separación entre una esfera regulada por el Estado y otra libre de su intervención, sostiene que hay espacios de la vida social y económica en las que no se debe ni regular, ni intervenir.⁷ Como la vida de las mujeres se ha desarrollado principalmente en lo que se considera la esfera privada, la familia, la opresión femenina no ha sido una materia de preocupación estatal, ni le ha correspondido a las mujeres actuar en la vida pública.⁸

⁶ Ver, por ejemplo, VARGAS, Virginia. *Como cambiar el mundo sin perdernos: el movimiento de mujeres en el Perú y América Latina*. Lima: Ediciones Flora Tristán, 1992.

⁷ ROSE, Nikolas. «Beyond the public/private division: law, power and the family». *Journal of Law and Society*, vol. 14, N° 1, spring, 1987, pp. 61-76.

⁸ No hay necesariamente una separación absoluta entre público y privado. Por ejemplo, el Estado no ha dudado en intervenir para controlar la natalidad, pero para efectos del análisis del Estado moderno desde una perspectiva feminista esta dicotomía ha servido como elemento critico fundamental para entender la opresión femenina y la exclusión de las mujeres de los espacios públicos. Ver LACEY, Nicola. «Theory into practice: pornography and the public/private dichotomy». *Journal of Law and Society*, vol. 20, N° 1, 1993, pp. 93-113, p. 94.

Esto nos lleva al tema de la ciudadanía, pues como bien señala Vargas,⁹ «la ciudadanía se define y está en relación con lo público». Este es el espacio donde se conquistan derechos y se ejercen. Se cambian las políticas públicas, se negocian las reformas. Por mucho tiempo las mujeres casadas estuvieron negadas de ejercer sus derechos por sí mismas, eran representadas por sus esposos.¹⁰

Ha sido un largo proceso, entonces, incluir los intereses de las mujeres en la agenda del Estado. Un proceso de construcción de la ciudadanía, como lo llama Jelin,¹¹ en el cual las mujeres se convierten en sujetos de derecho, y que ha involucrado cambiar prácticas sociales, sistemas institucionales y representaciones culturales. Objetivos alcanzados a través de luchas políticas y sociales en procesos no exentos de contradicciones. Pues lo que en un momento se ha creído suficiente como reivindicación de género en otros no lo es más. Cambian con nuestras visiones de las estrategias en favor de las mujeres y cambian también con la coyuntura histórica.

El caso de la regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja (o violencia doméstica) ilustra algunas de estas ideas.

3.1. La regulación legal de la violencia doméstica

Resulta evidente el porqué el movimiento de mujeres ha considerado al Derecho como un medio para cambiar la situación de las mujeres en la sociedad y su interés en introducir reformas en el ámbito legislativo e institucional. Sin embargo, no hay

⁹ VARGAS, Virginia. *Un tema en debate: la ciudadanía de las mujeres*. Lima: Flora Tristán, 1998.

¹⁰ LOLI, Silvia. «Historia, derecho y sociedad en el Perú republicano del siglo XIX». *Politeia*, N° 13, Cultura y Derecho, 1993, pp. 201-220. ESTREMADOYRO, Julieta. *La regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja: aportes para un análisis del rol del derecho en la construcción de relaciones de género en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Tesis de Abogada.

¹¹ JELIN, Elizabeth. «La construcción de la ciudadanía: solidaridad, responsabilidad y derechos». En HENRÍQUEZ, Narda (ed.). *Encrucijadas del saber: los estudios de género en las ciencias sociales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 255-276.

una relación instrumental entre reivindicaciones de género y Derecho, como la experiencia por erradicar la violencia doméstica lo revela.

Las identidades de género son categorías sociales históricas y culturalmente definidas. No hablamos entonces del hombre y la mujer entendidos en sus diferencias biológicas sino en lo que el imaginario social creó como propio de lo masculino y femenino y lo convirtió en *la verdad* y en *lo natural*. Así se cree que los hombres *nacieron* para ciertas funciones y las mujeres para otras y que esto tiene su fundamento en la «naturaleza» de cada uno.

El Derecho, sin duda alguna, ha contribuido en la generación de relaciones de género. El sistema legal definió las categorías hombre y mujer subordinadamente a través de su normatividad legal, de su doctrina, de las decisiones judiciales y de la actitud de sus representantes. En este sentido, Mc Intosh¹² opina que la verdadera construcción de hombres y mujeres como categorías separadas y opuestas se ha dado en la regulación jurídica y social de la familia. Es allí donde se han regulado los roles sociales, convirtiéndose en normas jurídicas, lo que podríamos llamar normas de género.

Desde una perspectiva feminista, la violencia doméstica es la forma mas extrema y persistente de expresión del patriarcado. En un mundo dominado por el poder masculino, la violencia doméstica es una manera de control social sobre las mujeres, un medio para mantenerlas *en su lugar*, es decir, subordinadas y dependientes de los hombres.¹³

¹² Mc INSTOSH, Mary. «The welfare state and the needs of the dependant family». En BURMAN, Sandra (ed.). *Fit work for women*. Londres: Croom Helm, 1979, p 54.

¹³ BOGRAD, Michele. «Feminist perspectives on wife abuse: an introduction». En YLLO, Kirsty y BOGRAD, Michele (eds.). *Feminist perspectives on wife abuse*, 1988. Londres: Newsbury Park, 1988, pp.11-26. DOBASH, R. Emerson. and DOBASH, Russell P. *Violence against wives: a case against patriarchy*. Londres: Open Books, 1979. DWYER, Diane, SMOKOWSKI, Paul, BRICOUT, John and WODARSKI, John. «Domestic violence and woman battering: theories and practice implications». En ROBERTS, Albert (ed.). *Helping battered women: new perspectives and remedies*. New York: Oxford University Press, 1992, pp. 67-84.

3.1.1. Una larga historia

En el pasado, la violencia física contra la esposa era un derecho conferido al varón, el llamado derecho de corrección.¹⁴ En el Perú, el Código Penal de 1836, que estuvo en vigencia apenas dos años, fue el único instrumento legal que lo mencionaba explícitamente (artículo 447º). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se ocuparon extensamente del tema.

A su vez, el Código Civil de 1852 consagraba el deber de obediencia de la mujer al varón y su absoluta subordinación. La mujer casada perdía la potestad de ejercer por sí misma sus derechos civiles.¹⁵ Durante toda la larga duración del Código (84 años), la violencia era tolerada y solo condenable en casos «extremos», como bien ilustraba el jurista Cornejo¹⁶ cuando comentaba sobre la «exageración del derecho de corrección».

En 1936, un nuevo Código Civil entra en vigencia, consagrando una subordinación atenuada de la mujer al varón.¹⁷ Este Código permitió el divorcio vincular (recogiendo una ley anterior), pero continuó calificando la violencia, la cual debía ser «cruel» y «reiterada», y donde la intención de hacer sufrir debía ser probada. La violencia entonces era consubstancial a las relaciones de pareja, no desvirtuaba el matrimonio excepto en circunstancias muy graves.

En 1979, la mujer alcanza la igualdad formal. El Código Civil de 1984 tuvo como principal tarea la de adaptar el principio de igualdad a la regulación legal de la familia. Los nuevos artículos fueron redactados en similar estilo que los anteriores, reemplazando la palabra esposo por el otro cónyuge, según correspondiera.

¹⁴ Ver ESTREMADOYRO, Julieta. Ob. cit. También ESTREMADOYRO, Julieta. «Legal discourses and practises on domestic violence in Peru with particular reference to Andean communities». Universidad de Warwick, Gran Bretaña, 2000. Tesis de PhD.

¹⁵ PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I. Lima: Imprenta del Estado, 1872, p. 208.

¹⁶ CORNEJO, Angel Gustavo. *Comentarios al Código Civil de 1851*. Vol. I. Chiclayo: Imprenta Mendoza, 1921, pp. 237-238.

¹⁷ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Lima: Librería Studium. Tomo I, 1986, cap. VI, p. 46.

A lo largo de esta normatividad trasciende la noción de una estructura familiar en la que alguien comanda y los otros obedecen, o lo que el doctor Cornejo Chávez llamaba el respeto a «la autoridad doméstica».¹⁸ La violencia «calificada» (sevicia o la ofensa moral) seguía siendo requisito para el divorcio o la separación.

3.1.2. La opción por la denuncia

Y aunque en el ámbito penal, por lo menos claramente desde el Código Penal de 1924, una mujer podía denunciar a su marido por lesiones o «faltas contra el cuerpo y la salud», la tolerancia de la violencia, particularmente de los operadores del derecho —policías, jueces, médicos legistas—, hacía de la denuncia una tarea infructuosa que desalentaba a muchas mujeres de hacerlo.

En la década de los setenta comienza a aparecer en el ámbito internacional un interés sistemático en el problema de la violencia doméstica. Inglaterra, Estados Unidos y Canadá tuvieron una experiencia política muy concreta: los denominados movimientos por las mujeres golpeadas.¹⁹ Estos fueron grupos de solidaridad que implementaron refugios y demandaron al Estado más recursos y nuevas políticas para enfrentar al problema.

En el Perú, esta solidaridad con las mujeres golpeadas se hace más evidente en la década de los ochenta.²⁰ «Rompiendo el silencio» fue un slogan que intentaba generar esta actitud solidaria invitando a las mujeres a compartir un problema común. En cuanto a impacto en el derecho formal, un segundo slogan fue enarbolado: «si te pega, denúncialo». Con ello se invitaba a las mujeres a «participar como ciudadanas».²¹ Es decir, a defender sus derechos en la manera como tradicionalmente el Derecho se ocupa de las conductas condenables: a través de la vía penal.

¹⁸ Id., Tomo I. cap. VI, pp. 253-254

¹⁹ *Movement of battered women, women for shelter or women's aid movement.*

²⁰ TAMAYO, Giulia. «Behind the mirror (courses and discourses of a different justice in the strategies for confronting violence against women)». En VÁSQUEZ, Roxana (ed.). *Women: watched and punished*. Lima: Cladem, 1993, pp. 99-124.

²¹ Id., p. 106.

En 1987, la inauguración en la ciudad de Lima de la llamada primera Comisaría de Mujeres viene a mejorar el espacio de denuncia para las mujeres.²² Su objetivo: la recepción y denuncia del maltrato físico y psicológico en contra de las mujeres. Se convierte así en la primera política pública en un problema que afecta a las mujeres en su condición de género: el de la violencia doméstica, e inspirará réplicas similares en otras partes del país. Y tal como ocurrió con experiencias similares en España y Brasil, mujeres que no hubieran acudido a denunciar en otras dependencias policiales se acercaron a estas comisarías o delegaciones de mujeres. En 1994, solo en el Primer Juzgado de Paz de San Miguel, del total de 49 casos de violencia doméstica (procesados como Faltas contra la Persona), 26 provenían de la Comisaría de Mujeres de Lima.²³

La mayor contradicción de la existencia de la Comisaría, es que una estación policial especializada en casos de violencia doméstica había nacido, pero no había una legislación especializada en la materia. Los casos enviados por maltratos psicológicos a los jueces de paz eran devueltos, alegando que dicha figura no estaba consagrada en el Código Penal.

En cuanto a las Faltas contra la Persona, los expedientes tenían que venir con el correspondiente certificado médico legista. La mujer denunciante tenía que tener una huella evidente del maltrato, lo que no solo excluía a las mujeres víctimas de maltrato psicológico sino a todas las maltratadas físicamente sin huella alguna. Se privilegiaba, como sucede en la racionalidad del Derecho Penal, el resultado de la acción, cuando el énfasis de la violencia doméstica debería estar en el contenido de la relación violenta (como expresión de coacción contra las mujeres), mas que en su resultado.

En 1989, a propósito de la revisión del Código Penal, Cladem²⁴ presentó propuestas en las figuras legales que afectaban

²² ESTREMADOYRO, Julieta. *La regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja: aportes para un análisis del rol del derecho en la construcción de relaciones de género en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. Tesis de Abogada.

²³ Id.

²⁴ Cladem —Comité por la Defensa de los Derechos de la Mujer— es una red que agrupa ONGs abocada a la tarea de la defensa de los derechos de las mujeres. En-

a las mujeres (aborto, violación sexual y violencia doméstica). Demandaba que el maltrato se considerara una figura especial y que se incluyeran sus manifestaciones físicas, psicológicas y morales.²⁵

El nuevo Código Penal fue promulgado en 1991. Las Faltas contra la Vida, el Cuerpo y la Salud cambiaron su denominación a Faltas contra la Persona (su figura principal en el artículo 441°). Asimismo, el Código tomó en cuenta la relación de pareja en el artículo 442° —que regula el maltrato físico que no deja lesión—, aumentando la pena de prestación de servicios comunitarios cuando medie esta circunstancia.

En 1995, la Comisaría de Mujeres no procesó ningún caso por el artículo 442°. Todos fueron procesados por el artículo 441°.²⁶ En 1992 acudieron 9216 mujeres a la Comisaría de Mujeres de Lima a denunciar violencia doméstica. De éstas solo 3784 cumplieron con los requisitos legales para que sus denuncias fueran recibidas y procesadas como Faltas contra la Persona. Otras 5432 no sufrían maltratos para efectos de la ley. Estos son solo algunos ejemplos de como el Derecho, con sus reglas y procedimientos, construye una *verdad* acerca de las mujeres que es superior a la propia realidad de éstas.²⁷

Y es no solo este aspecto. En 1991, en cuatro juzgados de paz de Lima, llegaron 258 casos por «faltas» vinculadas a violencia doméstica.²⁸ Pero solo 12 llegaron a sentencia, dando como resultado la absolución de 7 hombres. En 1993, en el Primer Juzgado de Paz de San Miguel, de 92 procesos ingresados por Faltas contra la Persona (relacionados con la violencia doméstica), solo 3 de estos casos fueron sentenciados.

En 75% en un caso y en 85% en el otro, los procesos concluyeron por prescripción de la acción penal. En otras palabras,

tre sus principales participantes se encuentran el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, el Movimiento Manuela Ramos y Demus.

²⁵ CLADEM. *Reforma del Código Penal. Propuestas del Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer*. Mimeo. Lima: Flora Tristán, 1989.

²⁶ ESTREMADOYRO, Julieta. *Ib.*

²⁷ SMART, Carol. *Feminism and the power of the law*. Londres: Routledge, 1989.

²⁸ REINOSO, Carmen. «El maltrato: una mirada a partir del sistema jurídico nacional». Tesis de Abogada. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

los expedientes pasaron 6 meses en trámite y terminaron. Conversaciones con los secretarios de juzgado y los mismos jueces revelaron el poco interés que se tenía en impulsar este tipo de casos.²⁹

Sin embargo, el Código Penal de 1991 trajo un cambio fundamental: eliminó la impunidad de la violación dentro del matrimonio. En el código anterior el marido legalmente podía violar a su esposa. Esto sin duda fue un avance substancial y le dio coherencia a la demanda por la erradicación de la violencia doméstica, pues no tiene lógica un sistema que condena el maltrato físico a la mujer pero permite su violación sexual.

3.1.3. ¿Los derechos de las mujeres como derechos humanos?

Perú suscribió la en 1983 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Este documento fue considerado un gran avance para mejorar la condición femenina a escala mundial. Pese a su trascendencia, la Convención no hizo referencia explícita a la violencia de género.

Hacia el final de la década de los ochenta empieza una campaña internacional por el reconocimiento de toda forma de violencia contra la mujer como una violación de derechos humanos. El objetivo era la elaboración de una propuesta desde las mujeres para ser presentada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos a realizarse en Viena en 1993.³⁰ La campaña buscaba llamar la atención sobre la gravedad de la violencia de género que, aunque cometida por individuos privados, no debía ser tolerada.

El reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos implicaba, asimismo, poner a su disposición el sistema internacional de protección de estos derechos. Las organizaciones de mujeres en el Perú tomaron la iniciativa en la región.

²⁹ ESTREMADOYRO, Julieta. Ib.

³⁰ FRIEDMAN, Elisabeth. «Women's human rights: the emergence of a movement». En PETERS, Julie y WOLPER, Andrea (eds.). *Women's rights, human rights: international feminist perspectives*. Londres: Routledge, 1995, pp. 18-35.

Es en este contexto de efervescencia por los derechos humanos de las mujeres que el primer proyecto de una ley sobre violencia familiar es enviado a consideración de las ONGs que trabajan este problema. Fruto de este diálogo, en marzo de 1991, la diputada Lourdes Flores presentó un proyecto de ley al respecto. Este pasó a discusión en la Cámara de Senadores, donde opiniones discordantes detuvieron su promulgación. Luego sobrevendría la disolución del Congreso, el 5 de abril de 1992.

La Constitución de 1993, controversial como el proceso en que se dio,³¹ consagra en el artículo 2° inciso 24.h: «Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física». En este enunciado no se discrimina quien recibe la violencia, ni quien la ejerce y se considera el daño moral y psíquico como violencia. Esto fue considerado auspicioso para la erradicación de la violencia contra la mujer.

Otro cambio fundamental, se dio ese mismo año con la entrada en vigor del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Este modificó el artículo 333° incisos 2 y 11 del Código Civil de 1984 y reconoció a la violencia «física y psicológica» como causal de separación y divorcio.

Sin embargo, nuestros jueces y fiscales —que para la causal de violencia física y psicológica seguían solicitando el mismo acopio probatorio que para la causal de sevicia—³² tardaron en darse cuenta que sevicia no era lo mismo que violencia física y psicológica y que esto era más que un cambio de nombre.

3.1.4. Leyes sobre la violencia familiar

Las leyes sobre violencia doméstica (o violencia familiar, como en el caso peruano) han aparecido en el ámbito internacional como una respuesta más adecuada a los dilemas que se enfrenta cuando se usa el sistema legal para intervenir en estos casos. La violencia es condenada a través de una legislación especial,

³¹ Ver, por ejemplo, UGARTECHE, Óscar. *La arqueología de la modernidad: el Perú entre la globalización y la exclusión*. Lima: Desco, 1998.

³² ESTREMADOYRO, Julieta. *Ib.*

pero los canales procesales incluyen la vía civil y están más enfocados hacia la prevención. Las llamadas medidas de protección consideran la violencia potencial: tratan de evitar el asedio (por ejemplo, prohibir las visitas del agresor o el que siga a la víctima aun a la distancia) y, en general, cualquier actitud que represente una amenaza o que simplemente genere temor en la víctima.³³

En el Perú, el proyecto sobre violencia familiar se desarrolló en un ambiente de efervescencia por los derechos humanos de las mujeres. El contexto explica de alguna manera lo que pasó. El borrador original del proyecto estaba inspirado en la ley puertorriqueña, que incluía como un gran avance que las medidas de protección pudieran ser solicitadas ante los jueces municipales, instancia de fácil acceso para las mujeres y que, al igual que con la justicia de paz peruana, no requiere mediación profesional.

La propuesta original peruana consideraba a la justicia de paz. Pero esto fue objetado por considerarse que la protección de los derechos fundamentales de las mujeres no debía dejarse a un juez de la más baja jerarquía.³⁴ Una posición cuestionable, primero, porque la gran mayoría de los casos relacionados con la violencia doméstica eran procesados como faltas en los juzgados de paz; segundo, esta reflexión se basa en una lógica conservadora de lo que son las jerarquías del sistema judicial, obviando el rol importantísimo que la justicia de paz cumple en el país; y, finalmente, porque la justicia de paz es la única forma real de acceso al sistema legal para la mayoría de mujeres en el país.³⁵

³³ En el derecho anglosajón, estas medidas son llamadas *injunctions*.

³⁴ CHIAROTTI, Susana. «Domestic violence: Legal strategies in Latin America». En VÁSQUEZ, Roxana. (ed.). *Women: watched and punished*. Lima: Cladem, 1993, pp.79-86, p. 83.

³⁵ LOLI, Silvia. «El acceso a la justicia y la justicia de paz en el Perú». En PODER JUDICIAL. *Acceso a la justicia*. Lima: Oficina Técnica del Proyecto de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1997, pp. 83-112. ESTREMADOYRO, Julieta. «Legal discourses and practises on domestic violence in Peru with particular reference to Andean communities». Universidad de Warwick, Gran Bretaña, 2000. Tesis de PhD.

El proyecto, sin embargo, fue de gran importancia por ser la primera iniciativa legislativa. Traía novedades como la definición misma de violencia (actos físicos y psicológicos), y la inclusión en las relaciones familiares a los convivientes y a los que habían procreado hijos en común, abriendo el abanico a todos aquellos vínculos de pareja que el derecho formal se ha resistido a reconocer. Asimismo, comprometía un gran espectro del sector estatal en la elaboración de medidas para erradicar la violencia contra la mujer.

Se trataba de una iniciativa muy necesaria. Sin embargo, en un país donde como en la mayoría de países del mundo la violencia contra la mujer está tan enraizada y es tan masiva, fue tomada con muchas reservas.

El proyecto pasó a las Cámara de Senadores y por discrepancias se detuvo su promulgación. En enero de 1993 se presentó una nueva versión del proyecto al entonces Congreso Constituyente Democrático, donde fue aprobada y enviada al Ejecutivo en abril. Este la devolvió en mayo aduciendo que las mujeres estaban suficiente protegidas por el Código Penal y los niños por el Código de los Niños y los Adolescentes. Tomó tiempo, pero finalmente el proyecto fue aceptado el 8 de diciembre de 1993, convirtiéndose en la Ley N° 26260.

La ley ciertamente no era clara en los procedimientos, pero tampoco era restrictiva de las medidas de protección. En los procedimientos autónomos (aquellos en que se solicitaba directamente medidas de protección), otorgaba protagonismo a los jueces civiles. Estos podían recibir las peticiones directamente o a través del Ministerio Público. Los jueces penales podían aplicarlas dentro de los procesos de su competencia (lesiones, por ejemplo) que tuvieran contenidos de violencia familiar.

A un año y medio de su promulgación, solo las ONGs que trabajaban el problema la habían utilizado y lograron que sus acciones fueran aceptadas por los jueces.

Aun cuando se establecía que los procesos debían tramitarse en forma sumarísima, por ser procesos civiles y por la manera como el sistema judicial peruano funciona, las acciones perdían

su sentido protectorio pues entre la demanda y a resolución del juez declarando la medida podían pasar meses.³⁶

A pesar de estos serios problemas, hasta antes de esta ley no era posible demandar que la pareja saliera del hogar común, o que se le prohibiera las visitas (aun en el caso de que esto representara una amenaza para la mujer o los hijos). Los casos revelaban, asimismo, que las medidas habían sido exitosas cuando el esposo había salido voluntariamente. De lo contrario era necesario realizar el trámite correspondiente para que la policía prestara su auxilio.

Otro aspecto importante de la ley era que cualquier persona que conociera de los hechos y no solo la víctima o sus representantes o familiares, podía solicitar protección para la víctima. Con ello se ampliaba la capacidad de los ciudadanos para intervenir en la defensa de los derechos de las personas que sufrían violencia (artículo 10° inciso e). Este aspecto fue posteriormente removido con la modificación de la ley.

En marzo de 1997, para solucionar algunos problemas de la Ley N° 26260, se promulgó la Ley N° 26763. Para evitar mayores confusiones el Poder Ejecutivo publicó el Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar en junio 1997 (D.S. 006-97-JUS).

Las modificaciones hechas, además, adaptaban la ley a los cambios que se estaban dando en la estructura legal e institucional en el Perú. Para entonces había sido creado el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano y aparecieron en la escena los jueces y fiscales de Familia.³⁷ Este nuevo documento endosa al Ministerio de la Mujer las iniciativas a realizarse en el marco de la ley.

La ley clarifica procedimientos, señala la potestad de la policía para allanar el domicilio del agresor de ser necesario (artí-

³⁶ Como en el expediente 3884-94, que llegó en apelación a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior. Solamente entre la sentencia de primera y segunda instancia pasaron 4 meses. Se pedía la suspensión de la cohabitación y de las visitas del agresor.

³⁷ Resolución Administrativa N° 025-CMPE-PJ, 10 enero de 1996

culo 7º), y le da valor probatorio a los certificados expedidos por los centros de salud del Estado.

Sin embargo, reduce el ámbito de su aplicación al no reconocer a aquellos que hayan procreado hijos en conjunto e ignora nuevamente a la ex-conviviente. Hay un énfasis en la conciliación como vía adecuada para resolver los casos de violencia familiar, particularmente en el rol de los fiscales y en la intervención de las Demunas (Defensoría del Niño y el Adolescente).³⁸

Esta tendencia será reforzada más tarde con la promulgación de la Ley de Conciliación (Ley N° 26872, de noviembre de 1997), que en su artículo 9º incluía a la violencia familiar como materia conciliable. La conciliación como manera de solucionar problemas de violencia doméstica ha sido por largo tiempo cuestionada en la literatura relacionada con el problema.³⁹ El argumento principal es que precisamente la violencia es una expresión de coacción e intimidación en contra de la otra parte. Aquí no se puede hablar de partes que libremente negocian posiciones a fin de llegar a un acuerdo conveniente para ambas.

Otra importante modificación del texto es que se concede a los jueces de paz letrados atribuciones para dictar medidas de protección en los procesos por hechos de violencia familiar que lleguen a su conocimiento (artículo 26º). El juez de paz no letrado no fue mencionado.

En febrero de 1998 entra en vigencia el llamado Reglamento de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar (D.S. No. 002-98-JUS) y se realizan nuevas modificaciones. El Reglamento incluye a las ex-cónyuges y a las ex-convivientes en el ámbito de aplicación de la ley. Enfatiza que las denuncias por actos de

³⁸ Sobre las Demunas ver ALVARADO, José. «Defensorías del Niño y el adolescente en el Perú». En Poder Judicial. *Acceso a la justicia*. Lima: Oficina Técnica de Proyección de Cooperación Internacional del Poder Judicial, 1997, pp. 197-218.

³⁹ Bottomley se pregunta: «¿(...) existe una igualdad de poder en la relación entre las partes, y entre las partes y el mediador? Este proceso "abierto" está también abierto a manipulación. Ser persuadidas puede ser una desagradable manera de juicio y control (...) a pesar de la presentación del mediador en términos de neutralidad y objetividad (...)». BOTTOMLEY, Ann. «Resolving family disputes: a critical view». En FREEMAN, Michael D. (ed.) *The state, the law and the family: critical perspectives*. Londres: Tavistock Publications, 1984, pp. 293-303, p. 295.

violencia familiar pasan al fiscal provincial de familia, lo cual producirá mayor dilación en la conclusión de los procesos y también en las medidas de protección, las cuales tienen que ser necesariamente aprobadas por el juez de familia.

En julio del 2000 se promulga otra ley modificatoria, la Ley N° 27306. Esta incluye nuevamente a las personas que hayan procreado hijos en común y a los ex-convivientes. Asimismo, restablece la disposición de que cualquier persona que conozca los hechos puede hacer la denuncia (artículo 4°, segundo párrafo). El fiscal provincial de familia ya no requiere pedir autorización al juez sino simplemente comunica las medidas de protección.

Finalmente, por Ley N° 27398 se modifican artículos de la Ley de Conciliación antes mencionada y se establece que no procede la conciliación extrajudicial en los casos de violencia familiar.

Esta larga historia por la protección de los derechos fundamentales de las mujeres agredidas por sus parejas o ex-parejas, que dentro de la lógica de la no discriminación puede resultar tan obvia, ha encontrado muchísimas dificultades y resistencias. Primero, en los mismos legisladores, pero segundo, y más importante, en los operadores del derecho.

La Defensoría del Pueblo —a través de la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer—⁴⁰ concluye que se encuentra en los operadores del Derecho los mayores obstáculos para la aplicación de la ley. Las delegaciones policiales que todavía se resisten a recibir denuncias y demandan requisitos que la ley no exige, así como las demoras en las fiscalías merman la efectividad de la norma. No tiene sentido llamar «de protección» a una medida si, debido a las trabas en su aplicación, no protege a nadie.

Adicionalmente, la legislación sigue basada en una estructura de acceso a la justicia que no corresponde ni a la realidad, ni

⁴⁰ Los informes de la Defensoría del Pueblo están disponibles en la internet: <http://www.ombudsman.gob.pe>

a las percepciones de las comunidades en las zonas rurales del país.

Sin embargo, no necesariamente el tratar de trasladar esta experiencia a las zonas rurales puede tener resultados positivos. La percepción de la policía, sino es buena en las zonas urbanas, lo es menos en las zonas rurales. Las leyes sobre violencia doméstica le dan un protagonismo a la institución policial, que puede provocar una mayor rechazo de esta normatividad. Asimismo, en las zonas andinas la conciliación no puede ser descartada de antemano, pues el conversar, el arreglar, es una práctica social que también es aceptada por las mujeres.⁴¹

Por las desigualdades sociales y culturales existentes en el país, las recetas que incluyen a *todas y todos* los ciudadanos no necesariamente son las mas adecuadas.

Se podría concluir, por todo lo expuesto, que en la defensa de los derechos de las mujeres no siempre hay consenso sino mucha discordancia.

4. Bases jurídicas para el desarrollo de acciones de interés público por la no discriminación de género

Decíamos en el primer punto que las bases jurídicas de las acciones de interés público son primordialmente el marco normativo para la protección de los derechos fundamentales. En el caso de la no discriminación de género, los convenios internacionales han sido el mayor soporte para el cambio de las políticas y las legislaciones nacionales. Estos convenios han servido de referentes muy importantes, pues son considerados estándares internacionales respecto a los cuales es posible ser medido. Se acompañan con informes tanto oficiales como no oficiales sobre el estado de la cuestión y esto representa una tarea fiscalizadora y de sensibilización importantes.

La discriminación de género es multidimensional, se manifiesta en todas las esferas de la actividad humana. Tiene su ex-

⁴¹ Este tema es materia de ESTREMADOYRO, Julieta. «Legal discourses and practises on domestic violence in Peru with particular reference to Andean communities». Universidad de Warwick, Gran Bretaña, 2000. Tesis de PhD.

presión en las normas sociales, jurídicas, económicas, en el lenguaje. De allí que cuando se hable de acciones legales por la no discriminación, éstas deben referirse al vasto universo de procesos jurídicos y de afirmación de los derechos, que cruzan disciplinas legales y que se pueden actuar a todo nivel de relación con el Estado y entre los miembros de la sociedad civil.

La no discriminación, asimismo, no significa que a las mujeres se les otorgue los mismos derechos que a los hombres, sino que involucra una serie de medidas destinadas a erradicar su postergación histórica. Esto incluye que se les otorguen mayores derechos, lo que se llama acciones positivas por la no discriminación o simplemente discriminación positiva.

El instrumento legal que desde hace ya varios años se constituyó en la pauta internacional para la no discriminación y que creó estándares para su erradicación, es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que el Perú suscribió en 1982.

En la Convención la discriminación en contra de la mujer es definida en su artículo 1° como:

(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Este instrumento internacional compromete a los Estados a condenar esta discriminación en todas sus formas, debiendo para ello (artículo 2°):

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada, el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Pese a su trascendental importancia, la Convención no hacía referencia expresa a la violencia de género. Esta situación fue en parte subsanada en 1992 cuando el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que supervisa el cumplimiento del tratado, emitió la Recomendación General N° 19 e incluyó formalmente a la violencia de género como un tema de discriminación de género.

La Convención, asimismo, no contemplaba mecanismo alguno para que las mujeres a título individual o colectivo presentaran quejas sobre la vulneración de sus derechos al amparo de la Convención. Tampoco el Comité podía impulsar investigaciones sobre ello. La máxima obligación de los Estados era presentar reportes sobre el estado de la discriminación de género en sus países y asumir los nuevos compromisos.

Esto ha sido recientemente subsanado mediante la adopción del llamado Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual ha sido ratificado por el Perú en abril del 2001.⁴²

⁴² Fecha de la entrega del instrumento de ratificación.

El protocolo trae dos grandes novedades. La primera establece un procedimiento de comunicación que permite a mujeres individuales o grupos de mujeres presentar quejas ante el Comité sobre la violación de los derechos protegidos en el marco de la Convención. La segunda, es un procedimiento de investigación que puede iniciar el Comité en cualquiera de los países signatarios de la Convención y el Protocolo, cuando existe vulneración a los términos del tratado. Lo cual es un gran avance.

4.1. Los derechos humanos de las mujeres

Pensar los derechos de las mujeres como derechos humanos implicó proveerlos de una nueva dimensión, colocarlos en el centro de los debates y del sistema legal internacional.⁴³ Este re-dimensionamiento se inició como una denuncia de la violencia que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres (violencia de género).

Demasiada violencia es cometida en contra de las mujeres en la llamada esfera privada y por personas individuales como para ignorarla como una violación de derechos humanos.⁴⁴

Las situaciones de violencia de género implican acciones sistemáticas, enraizadas y masivas que cobran mas víctimas que cualquier otro tipo de violencia y que, según los estándares internacionales, no son coexistentes con la dignidad humana.

Bajo esta perspectiva, además, el Estado se hace responsable por la sanción y la erradicación de los actos de violencia contra la mujer y si falla en hacerlo es cómplice de la situación.⁴⁵

⁴³ FRIEDMAN, Elisabeth. «Women's human rights: the emergence of a movement». En PETERS, Julie y WOLPER, Andrea (eds.). *Women's rights, human rights: international feminist perspectives*. Londres: Routledge, 1995, pp. 18-35.

⁴⁴ CHARLESWORTH, Hillary, CHINKIN, Christine and WRIGHT, Shelley. «Feminist approaches to international law». En *The American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, pp. 613-645.

⁴⁵ ROMANY, Celina. «State responsibility goes private: a feminist critique of the public/private distinction in international human rights law». En COOK, Rebecca (ed.). *Human rights of women: national and international perspectives*. Filadelfia: University of Philadelphia Press, 1994, pp. 285-302.

Como decíamos, la Convención contra la discriminación no hizo mención expresa a la violencia de género. El activismo de la década de los noventa puso el tema en la agenda. En 1990, la Comisión Interamericana de Mujeres urgió a los Estados miembros a celebrar un convenio para erradicar la violencia contra la mujer. Asimismo, Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993, recibió una propuesta desde las mujeres.

En esa reunión, los 171 Estados participantes adoptaron la llamada Declaración de Viena y el Programa de Acción. En este documento se recoge parte de la propuesta del *lobby* de mujeres en relación con la condena de la violencia de género como un hecho de vulneración de los derechos humanos. Asimismo, se hace un llamado a la Asamblea General para adoptar una declaración en contra de la violencia contra la mujer y se urge a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y al Comité que monitorea la Convención contra la Discriminación, para la preparación de un protocolo opcional a esta Convención que incluyera el derecho a petición (comentado párrafos arriba). Se respalda la nominación de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre Violencia contra la Mujer, cuya función es investigar las causas y consecuencias del problema a escala mundial.⁴⁶

La Declaración Universal sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es el primer documento internacional que específicamente trata sobre el problema y provee una definición clara sobre la violencia. Asimismo, realiza una serie de recomendaciones que los Estados partes deben asumir para la erradicación del problema.

En 1994, dentro del sistema interamericano, se dio un paso adelante en la condena a la violencia con la elaboración de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que el Perú suscribió en junio de 1996 y que influirá directamente en las futuras políticas y re-

⁴⁶ Empezó funciones en 1994.

formas legales que se han dado en la materia. El documento ofrece una definición comprehensiva de la violencia y de los derechos vulnerados con la misma. Expresamente señala la violencia contra la mujer como una vulneración de los derechos humanos tanto en la esfera privada como pública.

Estas ideas van a ser reforzadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, donde se establece una Declaración y Plataforma de Acción que los Estados participantes se comprometen a cumplir.

Esto implica que el análisis de género debe ser incluido en las políticas nacionales y que el ordenamiento legal debe ajustarse a las aspiraciones de la Convención y otros documentos.

En aquella ocasión se identificaron 12 áreas críticas que merecen especial atención: pobreza, educación, salud, violencia, conflictos armados, economía, acceso de las mujeres al poder, mecanismos institucionales para el mejoramiento de la condición femenina, derechos humanos, medios de difusión, medio ambiente y niñas.

En junio de 2000, en Nueva York, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para la evaluación de los compromisos asumidos en Beijing, a los 5 años de su celebración (conocida como Beijing + 5). El tema fue Las Mujeres en el Año 2000: Igualdad de los Géneros, Desarrollo y Paz en el Siglo XXI. Esta reunión buscó reforzar los mecanismos para aumentar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento de los compromisos asumidos.

4.2. La discriminación como delito

Por medio de la Ley N° 27270 —promulgada el 26 de mayo y publicada el 29 de mayo de 2000— se tipifica el delito de discriminación (artículo 323°) y se le incorpora al Título XIV-A del Código Penal sobre los Delitos de la Humanidad. Con ello se reconoce su estrecha vinculación con los delitos contra los derechos humanos.

Asimismo esta ley modifica artículos de la Ley N° 26772, haciendo precisiones sobre la igualdad de trato en el acceso al empleo y la educación.

El entonces congresista Carlos Chipoco, quien es autor de la primera iniciativa legislativa sobre esta ley (Proyecto de Ley N° 4173, 15 de septiembre de 1998), sustentó su propuesta en los convenios internacionales suscritos por el Perú, y puso especial énfasis a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en los compromisos asumidos por el país en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Señaló que la discriminación vulnera el modelo de convivencia democrática. En este sentido, no solo afecta al particular que la sufre sino que su supervivencia en el tejido social afecta al colectivo y sus aspiraciones por una vida digna.

El delito contra la discriminación es otra ruta legal que puede efectivamente acompañar otras acciones que se tomen en el ámbito administrativo, constitucional o de responsabilidad civil, dependiendo de las características específicas de los casos de discriminación de género que se asuman.

4.3. Otros temas de la no discriminación de género

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer se definieron líneas críticas en las cuales hay que poner especial énfasis para mejorar la condición de las mujeres. Las siguientes páginas tratan de algunos de esos temas y su reciente desarrollo en el ámbito legislativo en el país.

4.3.1. Mujer y pobreza

Este es un tema relacionado a todas las otras áreas críticas y nos vamos a referir a su aspecto legal, sino simplemente reflexionar en el hecho de que de los 1.3 billones de pobres del mundo, 70% son mujeres.⁴⁷

En el Perú se calcula que 44% de las mujeres son pobres y otro 18% viven en pobreza absoluta.⁴⁸

⁴⁷ Sobre «feminización de la pobreza» ver, por ejemplo, ANDERSON, Jeannine. *The feminization of poverty in Latin America*. Lima: Red Entre Mujeres, 1994.

⁴⁸ BÉJAR, Héctor. «Peru: commitment by commitment». *Social Watch 2000*. En <http://www.socwatch.org.uy>. Consulta realizada el 8 de mayo del 2001.

La postergación femenina ha sido el factor fundamental para este panorama. Los cambios políticos y de sistemas económicos afectan a los más vulnerables en la sociedad. Las mujeres no tienen, en la mayoría de los casos, el control del acceso a los recursos. Están limitadas en su participación social y en la intervención en las decisiones políticas. Son las encargadas principales del cuidado de los niños y son mayormente las que se quedan con ellos si la pareja las abandona.

La crisis económica ha afectado fundamentalmente a las mujeres. Son las mayores desempleadas. Su acceso a los servicios públicos se ha reducido aun más y son las primeras excluidas de la educación cuando la familia no puede afrontar el gasto de educar todos los hijos.

Por ello se dice que aumentar el poder y la capacidad económica de las mujeres no depende solamente del desarrollo de proyectos económicos o de alternativas de empleo, sino del cambio de las relaciones de poder entre los géneros tanto en el hogar como en la sociedad civil en general.

4.3.2. Mujer y educación

El analfabetismo afecta principalmente a las mujeres del Perú. Según el Censo Nacional de 1993, 73% de los analfabetos en el país son mujeres, 42.9% de estas mujeres vive en las zonas rurales.⁴⁹

Asimismo, el porcentaje de mujeres que concluyen tantos sus estudios primarios como secundarios es menor que el de los hombres. Esta cifra se agranda en las zonas andinas, donde las mujeres tienen un promedio de 3.1 años de estudios mientras el de los hombres es 5. El porcentaje de niños que aprueban sus estudios cada año en las zonas andinas es bastante bajo.⁵⁰

⁴⁹ BARRIG, Maruja. «Mujer y desarrollo: nosotras éramos todas». En HENRÍQUEZ, Narda (ed.). *Encrucijadas del saber: los estudios de género en las ciencias sociales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 197-212, p. 200.

⁵⁰ KNOX-SEITH, Barbara. «Being a becoming quechua: social relationships and the dynamic of control in a peruvian andean village». Universidad de Washington, Departamento de Antropología, 1995. Tesis de Ph.D.

La discriminación en la educación no solo es un problema de género, sino también de asignación de recursos entre las diversas zonas del país. La llamada escuela rural es la que resulta más afectada en cuanto a calidad e infraestructura educativa. Esta situación de desventaja encuentra a las mujeres en una posición más desfavorecida.

Sin embargo, en otros ámbitos han habido avances en la legislación relacionada con la no discriminación. La Ley N° 26941 —de abril 1998, que modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes— establece claramente que la niña embarazada y/o la madre adolescente no debe ser impedida de continuar sus estudios. Lo contrario constituiría una situación discriminatoria que afecta exclusivamente a las mujeres.

A su vez, la Ley N° 26772 (abril 1997), luego modificada por la Ley N° 27270, establece la no discriminación en las ofertas de acceso a medios de formación educativa. Estas normas establecen un ámbito legal de posibles acciones que son de interés público en caso de su incumplimiento.

4.3.3. Mujer y salud reproductiva

Estar en control de la capacidad reproductiva y de la sexualidad se entiende como expresión de la no discriminación de género. Los derechos reproductivos implican la capacidad de decidir el número de hijos que se quieren tener, el acceso a métodos de control de la natalidad seguros y que no afecten la salud de las mujeres. Asimismo, a embarazos sin riesgos con plena atención de salud y a disfrutar de una vida sexual satisfactoria e independiente de la capacidad reproductiva.

Dos hechos controversiales cuestionan seriamente una coherente política con relación a la salud reproductiva de las mujeres. Uno de ellos es la penalización del aborto

El aborto constituye una de las mayores causas de mortalidad materna, a pesar de lo cual el Código Penal vigente desde 1991 mantiene la condición ilegal del mismo. Ese mismo Código reduce la pena en el supuesto de violación y en el de malformación del feto y establece que no es punible cuando se practica para salvar la vida de la madre.

Mas allá de las consideraciones éticas y morales que cada cual pueda tener sobre el tema, lo cierto es que nadie puede negar que las mujeres en el Perú se ven obligadas a abortar, aun en condiciones que ponen en riesgo su salud.

Siendo las mujeres quienes son directamente afectadas por cuestiones de embarazo y parto, el aborto es la criminalización de una conducta que afecta exclusivamente a las mujeres y por tanto las discrimina en su derecho a la vida y a la salud.

El otro tema que ha sido motivo de gran alarma ha el de la llamada con cierto eufemismo Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV), practicada dentro del Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000.

A fin de que se sometían a la esterilización quirúrgica a muchas mujeres no se les ofreció información y/o fueron persuadidas por diferentes medios. Las mas afectadas fueron las mujeres pobres y de zonas rurales. Algunas fueron muy mal atendidas o su estado físico no fue evaluado correctamente. Como consecuencia su salud fue severamente afectada y en ciertos casos murieron.

Estos casos fueron materia de investigación y dos informes los trajeron a la luz pública: uno fue elaborado por Giulia Tamayo para el período 1996-1998⁵¹ y otro fue el reporte de la Defensoría Especializada de la Mujer de la Defensoría del Pueblo⁵² en los casos que fueron de su conocimiento. Estas denuncias y la gestión de la Defensoría del Pueblo hicieron que el Ministerio de Salud corrigiera este programa.

4.3.4. Mujer y empleo

A pesar del aumento de la tasa de participación femenina en el mercado laboral en la ultima década —en 1998, la PEA urbana femenina en América Latina fue del 40%, mientras que la mas-

⁵¹ El informe de esta investigación esta disponible en la Internet y es editado por Cladem. Ver <http://www.derechos.org/cladem>.

⁵² Los informes de la Defensoría del Pueblo en la materia están disponibles en la internet: <http://www.ombudsman.gob.pe>.

culina fue de casi el 60%—,⁵³ las desigualdades en cuanto a las condiciones de empleo, remuneraciones —las mujeres ganan el 64.3% de lo que ganan los hombres— y tasa de desempleo —20% superior a la masculina— son significativas.

Asimismo se observa una tendencia a la reducción de beneficios diferenciales por condiciones de embarazo y parto. A esto se suma el hecho de que una buena parte del trabajo femenino —el trabajo doméstico y otras actividades laborales no remuneradas, por ejemplo, en economías de autosubsistencia— es no pagado y no figura en las estadísticas, aunque ocupa una parte sustancial del tiempo de las mujeres.

En este panorama, atendiendo a diversos reclamos, se han dado algunas leyes contra la discriminación en el empleo:

- Ley N° 26772, parcialmente modificada por la Ley N° 27770, que prohíbe la discriminación en el acceso al empleo.
- Ley N° 27185, que modifica el artículo 29° de la llamada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. No. 003-97-TR), que dejaba abierta la posibilidad del despido por causas de embarazo. Esta nueva disposición expresamente señala que se presume el despido por causa de embarazo si éste se produce en cualquier momento de la gestación y después de los 90 días del parto.
- Ley N° 27402, de 19 enero del 2001, que modifica el artículo 3° de la Ley N° 26644, de 25 junio de 1996, con relación al goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora.
- Ley N° 27403, de 19 enero del 2001, que aclara la Ley N° 27240 (del 22 Diciembre de 1999) y establece que la hora de lactancia materna se considera como hora laborada y, por tanto, es objeto de remuneración.

⁵³ Un análisis de la participación laboral de la mujer en Latinoamérica en Panorama Laboral 1999, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Disponible en la internet en: <http://www.ilolim.org.pe>.

4.3.5. Mujer y participación política

Una demanda histórica de las mujeres es su participación en la esfera pública, incluyendo su mayor presencia en los puestos de poder de la sociedad. Existe una creciente aceptación y un reconocimiento en los convenios internacionales de la necesidad de la participación de la mujer en todas las esferas de toma de decisión y en la generación de liderazgos femeninos.

Para esto se ha visto necesario tomar medidas de discriminación positiva que obliguen a las fuerzas políticas a permitir acceso a las mujeres. En el Perú, el artículo 116° de la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859) estableció que el 25% de las candidaturas en cada una de las listas al parlamento que debería corresponder a las mujeres (o a los hombres). Por Ley N° 27387, de diciembre del 2000, esta cuota se ha incrementado a 30%.

Actualmente se observa una mayor presencia de las mujeres en puestos gerenciales dentro de la administración pública, en los gobiernos locales, así como su mayor protagonismo dentro del Congreso.

En 1996 se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, que aunque nacido en la ambigüedad de una multiplicidad de funciones está cumpliendo un rol importante en la agenda de los derechos de las mujeres.

4.3.6. Mujer y violencia sexual

La violencia sexual era uno de los crímenes en contra de las mujeres con un gran porcentaje de impunidad. Esto se debía, en gran parte, a que los trámites se iniciaban por acción privada —es decir sin responsabilidad del Ministerio Público—, asumiendo la víctima los costos procesales y sin proveérsele con una representación legal de oficio. La acción pública se daba solo en caso que la víctima fuera menor de 14 años. Todo esto convertía la experiencia de la denuncia y del proceso en traumática para la víctima.⁵⁴

⁵⁴ LOLI, Silvia y MILOSLAVICH, Diana. «Informe del Social Watch de 1998». En <http://www.receptour.com.pe/capacitacion/FLORA/beijing+5/infsww1998muj.htm>. Consulta realizada el 8 de mayo del 2001.

Al respecto se han producido dos importantes modificaciones en la legislación. Uno es la promulgación de la Ley N° 27115 (mayo 1999), que establece la acción penal pública en los delitos contra la libertad sexual. Es decir, el Ministerio Público se hace cargo de la acción y la presencia de la agraviada no es indispensable para el proceso. Además, el examen médico legal debe ser practicado con consentimiento de la víctima y por el médico encargado del servicio, no permitiéndose la presencia de otras personas sin aprobación de la víctima.

A su vez, la Ley N° 27055 (enero 1999) —que modifica artículos del Código de los Niños y Adolescentes— provee una mayor protección a los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual, señalando la necesidad de su atención integral. Los agraviados no están obligados a una declaración preventiva, menos aun a la confrontación con el presunto autor. El fiscal interviene desde la etapa policial. Asimismo, los certificados expedidos por los centros de salud autorizados tienen valor probatorio.

4.4. Un aprendizaje desde la experiencia de las mujeres

El largo camino del movimiento de mujeres por incorporar el principio de la no discriminación de género en la agenda del Estado enseña ciertas pautas en las estrategias a asumir para la defensa de los derechos «emergentes».⁵⁵

1. *Generación de derechos.* La formalización de derechos a través de leyes que tomen en cuenta los diferentes aspectos de la discriminación de género. Es importante la elaboración de proyectos legislativos desde los mismos grupos que promuevan estos derechos.

⁵⁵ PROVOSTE, Patricia y SILVA, Patricia. «Acciones de interés público por la no discriminación de género». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Ciudadanía e interés público: Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 8, pp.10-11.

2. *Acceso a la justicia.* Una vez consagrados esos derechos, facilitar el acceso a la defensa de los mismos. Esto puede tener varios matices, desde proveer a las mujeres con servicios profesionales, hasta dotarlas del conocimiento necesario para que ellas mismas o sus organizaciones asuman su defensa. Es muy importante el reconocimiento de rutas extralegales ya establecidas y/o de formas tradicionales de administración de justicia.
3. *Sensibilización de los operadores del derecho.* Muy vinculado al tema anterior. Los operadores del derecho (policía, jueces, médicos legistas, entre otros) han sido reales agentes de construcción de relaciones de género y han tenido una actitud denegadora de justicia para las mujeres. Es importante entonces su capacitación y su sensibilización en el tema.
4. *Presión pública para la real vigencia de estos derechos a través del monitoreo de leyes y servicios.* Esto incluye la elaboración de reportes alternativos sobre el estado de la cuestión dentro del ámbito de los convenios internacionales firmados.
5. *Generación de nuevo conocimiento e información sobre las mujeres.* Impacto en los medios de comunicación, en los sectores educativos y, en general, en toda instancia de difusión de ideas sobre las mujeres. Incluye la sensibilización del público en general.
6. *Generación de instancias políticas de representatividad de las mujeres.* Tanto en las instancias mixtas (por ejemplo, el Congreso y los partidos políticos) como en comisiones y ministerios especiales. Importante es un *lobby* de mujeres congresistas para el impulso de legislación favorable a las mujeres.

5. Conclusiones

Provoste y Silva⁵⁶ señalan que la acción pública en torno a la no discriminación de género:

⁵⁶ Id., pp. 10-11

(...) debería estar dirigida al establecimiento de pautas no discriminatorias tanto en el plano normativo (leyes, normas administrativas y mecanismos efectivos de aplicación) como en el de la convivencia social (por la tanto la cultura), antes que a la interpelación a órganos jurisdiccionales o administrativos que estarían poco habilitados para hacer valer este tipo de derechos.

Las autoras reconocen, sin embargo, que las acciones de interés público a este nivel jurisdiccional tienen el valor de generar debate público y contribuir a que las instituciones y los actores sociales se orienten hacia los objetivos de la no discriminación de género. Precisamente de lo que se trata es de generar consensos en torno a acciones para la erradicación de la discriminación de género. Articularlas a un interés que no solo se vea como de las mujeres sino de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, este ensayo ha querido advertir sobre la a menudo conflictiva relación entre sistema legal y los derechos fundamentales de aquellos sectores no privilegiados de la sociedad. Con relación al género, la doctrina legal feminista ha cuestionado los supuestos del derecho moderno, diseñados en la lógica y los valores masculinos. La objetividad, advertía MacKinnon,⁵⁷ es la subjetividad masculina. A su vez Freeman⁵⁸ cuestiona la posibilidad de resolver problemas sociales haciendo uso del sistema legal, que está diseñado para operar procesando casos individuales. Esto desvirtúa de por sí el carácter colectivo de ciertos conflictos.

En términos menos teóricos y más prácticos, ¿cuál es la efectividad del uso de la vía legal, que a pesar de los avances que se han registrado en la no discriminación de género brinda resultados tan poco satisfactorios?

Al entrar al sistema legal jugamos sus reglas y compartimos su ineficiencia. Las medidas de protección son un caso obvio.

⁵⁷ MacKINNON, Catherine. *Feminism unmodified: discourses on life and law*. Londres: Harvard University Press, 1987.

⁵⁸ FREEMAN, Michael D. «Domestic violence: the limits of effective legal action». *The Cambrian Law Review*, vol. 20, 1989, pp. 17-37.

Una vez en el sistema demoran tanto tiempo en ser resueltas que su objetivo protector se desvirtúa y aun con una resolución favorable es difícil llevarlas a la práctica. Es decir, en términos reales terminan no protegiendo a casi nadie. Entramos también a la lógica de un sistema en el cual los derechos humanos son defendidos y, principalmente, vulnerados por el mismo protagonista: el Estado. De allí su gran contradicción. Es el monopolio estatal de los derechos humanos como lo llamaría Santos.⁵⁹

Estas consideraciones parecieran llevarnos a la inutilidad de la vía legal para la afirmación ciudadana, pero no es así. Es también necesario reconocer que el Derecho detenta una capacidad normativa y tiene una función simbólica y formativa de la conciencia social.

Actuar por vía legal, especialmente a través de acciones de interés público, es un ejercicio democrático cuando se demanda una justicia sustantiva. Sirve para la fiscalización de las instituciones y para la afirmación de un mensaje de condena a la corrupción, la ineficiencia y la discriminación a todo nivel, demandando a quien es llamado por ley a hacer cumplir los derechos ciudadanos, a que proceda de acuerdo a su función. Este es el mayor reto de las aquí llamadas acciones de interés público.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998, pp. 180-224.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y ACOSO SEXUAL: ¿QUÉ SE PUEDE HACER DESDE EL DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO?

MARISOL FERNÁNDEZ*

1. Introducción
2. Género y violencia
3. El acoso sexual: uno de los rostros de la violencia de género
4. ¿Qué se puede hacer desde el Derecho de Interés Público?

Bibliografía

* Abogada. Profesora del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción¹

Hoy en día resulta prácticamente una exigencia la incorporación de una dimensión de género en los proyectos de desarrollo, en las políticas públicas, en los procesos de enseñanza y aprendizaje, entre otros. La construcción de una sociedad justa y democrática requiere una comprensión de cómo se configuran las relaciones de género y de la necesidad de un cambio en estas y en los patrones culturales que las determinan.

El llamado Derecho de Interés Público (DIP) está ajeno a esta exigencia. Es más, nos atrevemos a decir que el potencial transformador del DIP quedaría mermado si no incorporase la dimensión de género, pues ello le permite una mirada más completa de las relaciones sociales y de la realidad. Ruiz Bravo² sostiene que «Conocer el mundo en que vivimos, tratar de comprenderlo y analizarlo exige un enfoque de género. Una mirada que no contemple este eje de desigualdad no puede dar cuenta cabal de la realidad. Está condenada a ser parcial y sesgada».

El DIP con un enfoque de género nos remite a la reivindicación de los derechos de las mujeres, a su reconocimiento como ciudadanas y a los esfuerzos desplegados en búsqueda de la igualdad y la no discriminación en la vida pública y privada.

En los últimos años, el movimiento de mujeres en el Perú ha librado un conjunto de acciones estratégicas políticas y legales para ubicar en la agenda pública problemas centrales como las violaciones sexuales contra mujeres y niños(as), la violencia familiar, la participación política, entre otros. Sin embargo, frente

¹ La autora agradece profundamente a la doctora Tammy Quintanilla y al doctor José Balta por las entrevistas concedidas sobre el tema de acoso sexual y por el material proporcionado para la elaboración del presente documento.

² RUÍZ BRAVO, Patricia. «Una aproximación al concepto de género». En *Sobre Género Derecho y Discriminación*. Lima: PUCP, 1999, p. 132.

al llamado acoso u hostigamiento sexual no hemos visto esfuerzos desplegados en la magnitud que la gravedad del problema exige.

En este trabajo pretendemos elaborar un conjunto de ideas sobre cómo el DIP, incorporando una dimensión de género, podría aportar a la lucha contra la violencia de género cuando ésta adopta el rostro del acoso u hostigamiento sexual. Para ello hemos dividido el presente documento en tres partes. Como punto de partida presentamos un breve marco teórico en el que explicamos los alcances de la categoría género y la llamada violencia de género. En segundo lugar, enfocamos el problema del acoso sexual, explicando en qué consiste y presentando el marco normativo existente en el Perú sobre la materia. Finalmente, abordamos cómo desde el Derecho de Interés Público se pueden desplegar esfuerzos para atacar esta problemática.

Por último, cabe resaltar que las entrevistas realizadas para la elaboración de este documento, a las que haremos referencia a lo largo de este trabajo, así como la documentación obtenida del Congreso de la República, han sido de gran utilidad.

2. Género³ y violencia

La categoría género surge en la década de los sesenta como una respuesta a la interrogante sobre las causas de la subordinación de las mujeres. Desde entonces, el género se erige como una herramienta y una dimensión que permite una visión más completa de la realidad social y una redefinición de las estrategias y acciones para el cambio.

El género es una construcción cultural que se basa en el sexo. Mientras que este último se refiere a las características físicas y biológicas de las personas, el género alude a los significados y

³ No es propósito del presente trabajo desarrollar a profundidad y de manera extensa la conceptualización de género. Así pues, solo presentamos un conjunto de ideas básicas y elementales para ayudar a los(as) lectores(as) que aun no han tenido un acercamiento al enfoque de género. Para un estudio más profundo sobre el tema se puede consultar VARIOS AUTORES. *Género: conceptos básicos. Materiales de Enseñanza*. Diploma de Estudios de Género de la PUCP, 2000.

valoraciones que cada cultura le atribuye a las diferencias sexuales. Así, mientras que el sexo determina si se es varón o mujer, el género remite a las identidades masculinas y femeninas.

Las construcciones de género suponen a su vez la articulación de tres componentes básicos: los roles, los espacios de actuación de estos y los atributos.

En nuestra cultura a varón y mujer se le han atribuido funciones y responsabilidades distintas. A las mujeres se les encarga la responsabilidad del hogar, el trabajo doméstico, el cuidado de los(as) hijos(as), como una suerte de extensión de su capacidad reproductiva; del otro lado, a los varones se les atribuye la responsabilidad del sostenimiento de la familia.

Esta determinación de roles diferentes para varones y mujeres, significará que sus espacios de actuación son también distintos: mundo privado y mundo público. En efecto, el escenario de las responsabilidades del hogar es la esfera privada, mientras que para jugar el rol de proveedor económico, el escenario es la calle, el mercado de trabajo, las relaciones sociales, etc. Ello ubica, pues, a los varones en la esfera pública como su principal espacio de actuación.

Los llamados atributos de género vienen a ser todas aquellas características que van a funcionar como pautas de comportamiento, como mandatos sociales diferentes basándose en el sexo. Junto con los dos componentes anteriores darán origen a las llamadas identidades de género. Todos(as) de una u otra forma, recibimos estos mandatos, nos comportamos de la manera que nuestro entorno espera en virtud de nuestro sexo.

Junto a todo lo expuesto existen un conjunto de mitos y creencias que atribuyen a la naturaleza aspectos que son sociales y culturales. Como señala Ruíz Bravo,⁴ «Lo femenino se asocia a la dulzura, la debilidad, la emoción, el sacrificio, la renuncia. Lo masculino a la agresividad, la fuerza, la competencia y la razón. Se asume así que hombres y mujeres tienen “naturaleza” diferente».

⁴ RUÍZ BRAVO, Patricia. Ob. cit., p. 139.

Hasta aquí se puede apreciar que el género no solo supone construcciones diferentes para varones y mujeres, sino opuestas y excluyentes. Tal como dice Ruíz Bravo,⁵ las semejanzas se ocultan y las diferencias se remarcan. Callirgos⁶ se refiere a esta realidad de la siguiente manera: «Barreras que nos imponen y nos imponemos. Barreras que impiden la muestra de cariño entre padres e hijos. Que impiden la intimidad entre los hombres. Que hacen que un acto tan humano como llorar no nos esté permitido. La masculinidad requiere la represión de una amplia gama de necesidades, sentimientos y formas de expresión humanas. Y empobrece nuestras relaciones con otros hombres, con mujeres y con nosotros mismos».

A lo descrito se suma el hecho que se valora de manera diferente los roles, espacios y atributos de género. Lo femenino se subvalora frente a lo masculino. Así, las relaciones de género, resultantes de estos patrones culturales, serán relaciones de poder, marcadas por la inequidad y la subordinación. Scott⁷ sostiene que «el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder». Callirgos al respecto señala que «el aporte principal de los estudios sobre las relaciones entre los géneros ha sido la denuncia de la violencia contra las mujeres, de las desigualdades y las desventajas de las que son víctimas».⁸

En este orden de ideas, la vinculación entre las relaciones de género y la violencia contra las mujeres es de causa-efecto. Dicho de otro modo, la violencia de género es el resultado de una construcción cultural y estereotipada de las identidades de género.⁹

⁵ RUIZ BRAVO, Patricia. Ob. cit., p. 145.

⁶ CALLIRGOS, Juan Carlos. *Sobre héroes y batallas. Los caminos de la identidad masculina*. Lima: Escuela para el Desarrollo, 1996, p. 91.

⁷ SCOTT, Joan. «El género, una categoría útil para el análisis histórico». Citado por RUIZ BRAVO, Patricia. Ob. cit., p. 143.

⁸ CALLIRGOS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 92

⁹ Diversos estudios sobre las causas de la violencia familiar y sexual revelan que los varones que cometen estas agresiones justifican su conducta por su condición de varón. Para el caso de la violencia sexual resulta revelador el estudio realizado por LEÓN, Rafael y STHAR, Marga. *Yo actuaba como varón solamente*. Lima: DEMUS, 1996.

La comunidad internacional ha recogido también la íntima vinculación entre la violencia y los sistemas de género. En efecto, en el informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer —Plataforma de Acción— se afirma lo siguiente: «La expresión “violencia contra la mujer” se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada».¹⁰

La violencia de género contra las mujeres tiene diversas manifestaciones. Así lo reconoce el documento internacional que acabamos de citar en el cual se presentan los diferentes rostros que puede tomar: «a) La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra».¹¹

El llamado acoso u hostigamiento sexual constituye pues una manifestación de violencia contra las mujeres y en la que probablemente de manera clara podemos apreciar las construcciones de género que entran en juego y que, además, se encuentran entre las razones que lo originan.

¹⁰ NACIONES UNIDAS. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing, 1995, pp. 61-62.

¹¹ NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 62.

3. El acoso sexual: uno de los rostros de la violencia de género

No se conocen cifras en el Perú sobre el número de víctimas y las condiciones en las que ocurren los casos de acoso sexual.¹² Sin embargo, los(as) estudiosos(as) del problema no dudan en calificar la problemática del acoso sexual contra las mujeres como un problema social. Ello estaría evidenciando un descuido, por parte del Estado y de la sociedad civil, en el abordaje de este grave problema.

A pesar de la falta de información, de manera informal todos(as) conocemos directa o indirectamente de situaciones de acoso. Organizaciones de mujeres han formulado en algunas oportunidades denuncias ante la opinión pública y los medios de comunicación han presentado en diferentes oportunidades casos en los cuales el acosador sexual es una persona pública.¹³ El estudio de otras realidades, fuera de nuestro país, permite apreciar también que el acoso sexual no es un tema que nos remita a casos aislados, sino a dimensiones que ameritan políticas públicas.¹⁴

¿Qué es el acoso sexual?

Como punto de partida es importante tener en cuenta que el acoso sexual básicamente ha sido estudiado en el marco de las

¹² En un reportaje sobre acoso sexual publicado en la revista *Business*, de enero de 1998, se dice que el acoso sexual es un secreto a voces y que apenas se cuenta con dos estudios que cuantifican su alcance: una investigación sobre acoso a trabajadoras de la industria de conservas de pescado (1983) y un estudio realizado por la ONG Flora Tristán (1984). Fuera de estos estudios, no existen registros oficiales en los que podamos encontrar datos cuantitativos sobre la materia.

¹³ La propia Defensoría del Pueblo, reconociendo las dimensiones del acoso sexual en el Perú, emitió la Resolución Defensorial N° 28.2000/DP, en la que resolvió recomendar a la Presidencia del Congreso de la República la aprobación de un proyecto de ley sobre hostigamiento sexual, que incluya las sugerencias en relación con el establecimiento de mecanismos de investigación y sanción para el hostigamiento sexual, tanto en el campo laboral como en los centros educativos y en las dependencias policiales y militares.

¹⁴ Puede ser interesante revisar el estudio de HUSDANDS, Robert. «Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual». *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, N° 1, 1993, pp. 109-137.

relaciones laborales. Sin embargo, esta modalidad de violencia tiene también otros escenarios: los centros educativos, las universidades, las fuerzas armadas, las cárceles, entre otros. Ello nos lleva a la opción de presentar una conceptualización del acoso sexual que es válida para todos estos ámbitos, sin dejar de reconocer las particularidades de cada caso.

El acoso sexual, recogiendo y adecuando la sistematización de definiciones efectuadas por Serna¹⁵ y Martínez,¹⁶ supone la existencia de los siguientes elementos:

- Existencia de un comportamiento que tenga una connotación sexual (comportamiento que puede ser físico, verbal, no verbal y cualquier otro basado en el sexo que afecte la dignidad de la persona).
- La persona a la que va dirigido el comportamiento con connotación sexual, no lo desea, no le es bienvenido.
- El acosador sabe o debería saber que tal comportamiento es ofensivo o humillante para el afectado.
- Un perjuicio para la víctima que se concreta en diversas formas, pero que en última instancia afecta siempre su dignidad.

Son conocidas en la doctrina y recogidas en la legislación comparada dos modalidades de acoso sexual:

- El llamado *quid pro quo*, que supone un chantaje sexual al que somete una persona que tiene poder sobre otra, poder que deriva de una relación formalmente jerárquica. Así por ejemplo, el profesor que pide un favor sexual y ofrece a cambio una calificación alta.
- El llamado ambiente hostil, que es la conducta con connotación sexual de una persona hacia otra, entre las cuales no

¹⁵ SERNA CALVO, María del Mar. «Acoso sexual en las relaciones laborales». *Revista de Relaciones Laborales en América Latina-Cono Sur*, N° 2, 1994.

¹⁶ MARTÍNEZ VIVOT, Julio. *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

existe una relación jerárquica, es decir, se encuentran en igual situación jurídica. Dicha conducta crea un ambiente hostil, insostenible para la víctima. Así, por ejemplo, una autoridad policial que recibe un trato de un compañero policía que tiene el mismo grado o nivel y que le ocasiona una permanente perturbación,

El acoso sexual es una cuestión de poder. Poder que puede ser real, como en el caso del *quid pro quo*; o simbólico, esto es aquel poder que está implícito en las relaciones de género aun cuando no existan jerarquías formalmente concebidas.

Una de las grandes dificultades que acarrea el tratamiento del acoso sexual es que este es un concepto subjetivo. Evidentemente, existen actos de los que no cabe duda de la agresividad que contienen en sí mismos. Sin embargo, hay un límite poco claro entre algunas modalidades de acoso sexual y lo que podría entenderse como una interacción social aceptable.

Y es aquí donde nos encontramos ante situaciones poco objetivas. Esto es particularmente delicado en contextos como el nuestro, en el que diariamente recibimos mensajes a través de los medios de comunicación en los que se presentan escenas supuestamente cómicas, jocosas y que en consecuencia pueden aparecer como normales, pero que sin embargo entrañan una grave violencia basada en el género.¹⁷

En la controversia Kerry Ellison contra Nicholas F. Brady,¹⁸ la Corte Federal se pronunció sobre aspectos vinculados a esta problemática:

(...) creemos que al evaluar la severidad de la hostilización sexual, debiéramos hacerlo desde la perspectiva de la víctima. Si sólo examináramos el tema desde la perspectiva de una persona razonable, correríamos el riesgo de reforzar el nivel de discriminación que prevalece actualmente. Los hos-

¹⁷ En diversos programas cómicos nacionales, se presentan como cómicas situaciones de acoso sexual a mujeres. Recordemos el caso de *Chelita y el jefecito*, o escenificaciones diversas de *Los Cómicos Ambulantes*.

¹⁸ Traducido por José Balta.

tilizadores podrían continuar hostilizando simplemente debido a que una práctica discriminatoria en particular es común y corriente, en cuyo caso las víctimas de la hostilización sexual no tendrían posibilidad alguna de remediar la situación.

(...)

Nos damos cuenta que existe una amplia gama de puntos de vista incluso en el grupo de mujeres, pero también creemos que muchas mujeres comparten preocupaciones comunes que los hombres no necesariamente comparten. Por ejemplo, debido a que las mujeres son desproporcionadamente víctimas de violaciones y de asaltos sexuales, ellas tienen un incentivo mucho más fuerte para preocuparse por el comportamiento sexual. Las mujeres que son víctimas de formas sutiles de hostilización sexual podrían comprensiblemente preocuparse acerca de si la conducta de un acosador es simplemente un prelude a un asalto sexual violento. Los hombres, que raramente son víctimas de asaltos sexuales, pueden ver la conducta sexual en el vacío sin una apreciación completa de los marcos sociales o la amenaza subyacente de violencia que una mujer sí percibiría.

(...)

Nosotros adoptamos la perspectiva de una mujer razonable fundamentalmente porque creemos que la perspectiva de una persona razonable, sin tomar en cuenta su sexo, tiende a tomar en cuenta las experiencias de los hombres y tiende a ignorar sistemáticamente las experiencias de las mujeres. La perspectiva de la mujer razonable no establece un nivel más alto de protección para las mujeres que para los hombres. Por el contrario, un examen de los hechos tomando en cuenta el género de la víctima de hostilización sexual permite a las mujeres participar en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres.

Vemos pues a través de este caso resuelto por una Corte Federal en los Estados Unidos de Norteamérica, algunas propuestas de solución a problemas que tienen que ver con la dimensión subjetiva del acoso sexual y que en algún momento tendrán que ser tomadas en cuenta al momento de legislar sobre esta materia en el Perú.

El acoso sexual en el Perú

Como ya hemos señalado anteriormente, no existen cifras que revelen la magnitud del acoso sexual en el Perú. Sin embargo, no cabe duda que estamos ante una modalidad de violencia cotidiana.

En la Plataforma de Acción de Beijing, los Estados se comprometieron a llevar adelante medidas que signifiquen «desarrollar programas y procedimientos tendientes a eliminar el hostigamiento sexual y otras formas de violencia contra la mujer de todas las instituciones de enseñanza, lugares de trabajo y demás ámbitos».¹⁹

Si nos trasladamos al escenario peruano para ver cuánto de este compromiso se ha hecho realidad, nos encontramos con el siguiente escenario:

- El Informe Nacional sobre la Aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing 1995-1999²⁰ consigna avances, aspectos por resolver y tareas pendientes en las diferentes esferas de especial preocupación. Sin embargo, no encontramos que se hayan llevado a cabo medidas concretas para eliminar el hostigamiento sexual ni que se encuentren pendientes en agenda.
- En el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2000-2005²¹ encontramos entre los Objetivos Específicos propuestos al año 2005 el «prevenir, atender y sancionar todo tipo de violencia contra las mujeres, con el fin de lograr su erradicación». Sin embargo, en la enumeración de metas no existe ninguna propuesta destinada a la problemática del acoso sexual.
- No ha sido tomada en cuenta la Resolución Defensorial²² mediante la cual la Defensoría del Pueblo recomienda a la

¹⁹ NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 68

²⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Informe Nacional sobre la Aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing 1995-1999*. Lima: PROMUDEH.

²¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Ob. cit., p. 181

²² Resolución Defensorial N° 28.2000/DP.

Presidencia del Congreso de la República la aprobación de una ley sobre hostigamiento sexual.

Esta inacción por parte del Estado y el incumplimiento de los compromisos en materia de acoso sexual, resulta particularmente grave si se tiene en cuenta que en nuestro país no existe una normatividad que aborde esta temática.

En efecto, el acoso ha sido considerado en materia laboral en el Decreto Legislativo N° 728 —denominado Ley de Productividad y Competitividad Laboral—, en el que se recoge el hostigamiento sexual como un acto de hostilización equivalente al despido, lo que resulta evidentemente un tratamiento insuficiente e incompleto.

Al respecto, refiriéndose al ámbito laboral, Husbunds señala que «una estructura legislativa ideal y completa, basada en el principio de que el acoso sexual es un acto sancionable específico, tendría los siguientes elementos: definición explícita del acoso sexual y alcance de la protección legal; normas claras sobre la responsabilidad del empleador y del supuesto acosador; medios precisos de reparación y sanción; y procedimientos aplicables, entre ellos unas normas especiales que garanticen que, en un procedimiento judicial relativo al caso del acoso sexual, no se utilicen como pruebas la experiencia previa o la reputación sexuales en la persona demandante».²³

Dada la inexistencia de una normatividad, se han dado algunos intentos de regulación. Pero hasta hoy no se ha logrado la aprobación de ninguna norma sobre la materia. En 1996 se elaboró el Proyecto de Ley N° 2842196-C12²⁴ sobre el hostigamiento sexual en el empleo. Sin embargo, este proyecto no generó el consenso esperado. Resulta revelador lo expuesto por la Cámara de Comercio de Lima²⁵ con relación a ese proyecto. He aquí algunos extractos de la referida opinión institucional:

²³ HUSBUNDS, Robert. Ob. cit., p. 136

²⁴ Los autores de la propuesta fueron la doctora Beatriz Merino y el doctor Antero Flores-Araoz Esparza.

²⁵ La opinión institucional de la Cámara de Comercio de Lima se dio a conocer a través de una comunicación escrita dirigida a la doctora Beatriz Merino, fechada el

Sobre el particular, lamentamos expresar nuestra opinión institucional contraria y muy respetuosamente, consideramos que de aprobarse el referido Proyecto, recientemente difundido en grandes titulares de los medios periodísticos, *no sólo incrementará la inflación legislativa que padecemos, sino que originará conflictos innecesarios que podrían afectar la paz laboral en las empresas, resultando peor el remedio que la enfermedad.*

(...) En principio creemos *no existe de momento una desprotección legal frente a actos de hostigamiento de naturaleza sexual o similar, no sólo en los centros de trabajo, sino en cualquier otro lugar y circunstancias (...).*

(...) El Proyecto que criticamos constructivamente no sólo resulta inconveniente e inconsistente en su fundamentación y estructura normativa, sino que *es altamente peligroso para la paz social, porque comprende inclusive a los trabajadores del hogar (...).*

(...) Sería una *fente inagotable para nuevos conflictos que congestionarán más el Poder Judicial, porque se prestarán a situaciones subjetivas extremas de muy difícil probanza, que alterarán la actividad normal en los centros de trabajo y en los hogares peruanos, en una época difícil donde todos debemos esforzarnos por producir un ambiente de paz social (...).* (Las cursivas son nuestras).

Lo anteriormente citado revela cómo el sector empresarial privilegió razones económicas sobre la protección a los derechos fundamentales de las víctimas de acoso sexual. Esta ideología muestra la necesidad de que las estrategias para lograr políticas públicas frente al acoso sexual incorporen la sensibilización de los diferentes sectores de la población que están involucrados en este problema.

4. ¿Qué se puede hacer desde el Derecho de Interés Público?

En el Perú no es exagerado decir que, en materia de soluciones al hostigamiento sexual, todo está por hacer: no existen cifras que revelen la magnitud del problema; no existen investigaciones cualitativas; carecemos de una regulación específica; no se han dado campañas de prevención ni de difusión; no existen mecanismos para procesar los casos de acoso sexual en el sistema de justicia; no encontramos por parte del Estado una voluntad política de abordar el tema, etc.

Si por un momento nos trasladamos al problema de la violencia familiar o de la violación sexual podremos apreciar importantes logros y avances en materia de políticas públicas, de creación de normatividad adecuada, etc. En la obtención de estos logros, el movimiento organizado de mujeres y las organizaciones de derechos humanos han jugado un rol muy importante. A través del *lobby*, de las denuncias públicas, de las campañas, de las acciones de presión y vigilancia, de la ejecución de proyectos con un gran impacto social, sectores organizados de la sociedad civil han conquistado logros para proteger a las víctimas de violencia al interior de las familias y de las violaciones sexuales.

Lamentablemente no se han desplegado esfuerzos similares para el caso del hostigamiento sexual. Sobre el particular, en una entrevista que nos concediera, la doctora Tammy Quintanilla²⁶ señaló la falta de acciones estratégicas con un fuerte impacto social,²⁷ de parte de las organizaciones de mujeres con relación al acoso sexual. Ello obedecería, en opinión de Quintanilla, a que un móvil para las organizaciones de mujeres es el actuar dando respuesta a las demandas de las mujeres y estas aparentemente mantienen en la esfera privada los actos de acoso sexual de los que son víctimas.

²⁶ La doctora Tammy Quintanilla es integrante del Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y del Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

²⁷ Se han dado acciones aisladas pero que no se articulan basándose en metas u objetivos estratégicos.

¿Qué se puede hacer frente al problema? En nuestra opinión resulta fundamental trabajar desde el Derecho. Ello nos remite al denominado Derecho de Interés Público.

A decir de Saba y Böhmer,²⁸ esta manera de entender el Derecho conduce a dos actividades centrales *trabajar con el Derecho* y una *actitud hacia el Derecho*. Los mencionados autores subrayan que este «uso del Derecho se realiza con la idea de llevar adelante una agenda (o agendas) que no dudamos en calificar como política. En efecto, el Derecho como herramienta del interés público está a la orden de quienes ya han definido objetivos normativos sustantivos, por lo que la definición de qué cosas califican como metas de interés público es previa a la creación y articulación de estrategias jurídicas que son las que estamos considerando, justamente, como estrategias del DIP».

Ahora bien, en nuestro contexto, el DIP puede constituir una herramienta central si se combinan estrategias para incidir en los tres componentes de un sistema legal:²⁹ el componente sustantivo, que alude a las normas formalmente promulgadas; el componente estructural, en el que se ubican todas aquellas instituciones destinadas a hacer cumplir la ley; y el componente cultural, que supone las «actitudes y comportamiento de la gente respecto a la ley».³⁰

Debemos tomar como punto de partida que en materia de hostigamiento sexual existen compromisos políticos adoptados por el Estado Peruano ante la comunidad internacional. En líneas anteriores hemos apreciado aquellos que están contenidos en la Plataforma de Acción de Beijing. Pero además contamos con un marco normativo en las convenciones internacionales ratificadas por el Estado Peruano como lo son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

²⁸ SABA, Roberto y BÖHMER, Martín. «Participación ciudadana en Argentina. Estrategias para el efectivo ejercicio de los derechos». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, pp. 123-153.

²⁹ Sobre el particular resulta útil el trabajo de SCHULER, Margaret. *Poder y Derecho*. Washington D.C.: OEF-International, 1987.

³⁰ SCHULER, Margaret. Ob. cit., p. 21.

contra la Mujer³¹ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.³²

Teniendo un núcleo básico de compromisos y normas resulta imperioso que se desarrollen un conjunto de acciones destinadas a hacerlas efectivas.³³ Estas acciones deberían ser las siguientes:

1. Las organizaciones de mujeres y de derechos humanos deberían destinar recursos para campañas que tengan como meta lograr que el acoso sexual esté incorporado en la agenda pública, lo cual llevaría a la formulación de políticas frente a este grave problema.
2. Desarrollar estudios cuantitativos y cualitativos sobre la problemática del acoso sexual. El Estado podría levantar información de orden cuantitativo sobre el particular a través de censos. Igualmente, es imperioso que las ONGs que han aportado tanto al conocimiento de la problemática de la violencia familiar y sexual, destinen esfuerzos que permitan conocer las dimensiones del acoso sexual en diferentes ámbitos.
3. Proponer un cuerpo normativo especial que aborde la problemática de la hostilización sexual en diferentes ámbitos y desplegar acciones de *lobby* para lograr su aprobación. A manera de ejemplo, podríamos recordar que la aprobación de la normativa sobre violencia familiar en nuestro país fue una conquista de las propias mujeres, que desarrollaron un conjunto de acciones que fueron fundamentales en el logro del objetivo planteado.

³¹ Suscrita por el Perú el 23 de julio de 1981 y ratificada el 13 de septiembre de 1982.

³² Suscrita por el Perú el 12 de julio de 1994 y ratificada el 4 de junio de 1996.

³³ Sobre el particular parecería que en el caso peruano el tema del hostigamiento sexual se encontraría dentro de la llamada política simbólica. La política simbólica sería aquella que se da cuando los gobernantes se limitan a realizar declaraciones retóricas que no tienen como correlato esfuerzos ni medidas reales. Sobre este tema se puede consultar el trabajo de VALIENTE FERNÁNDEZ, Celia. «La importancia de la política simbólica: La prohibición del acoso sexual en el trabajo en España». En *Género y ciudadanía. Revisiones desde el ámbito privado*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, 1999, pp. 485-508.

En la actualidad, existen dos proyectos de ley destinados a abordar el tema del acoso sexual.³⁴ Frente a ello se puede constatar la falta de difusión, de pronunciamientos, de acciones de impacto por parte de la sociedad civil que coadyuven a la elaboración y aprobación de propuestas normativas idóneas para prevenir, sancionar y erradicar el acoso sexual.

Sobre el particular, además, hace falta recoger experiencias y fomentar un debate de índole técnico sobre dos aspectos que nos parecen centrales: la idoneidad del Derecho Penal para abordar el acoso sexual; y el determinar si una ley de acoso sexual debe ser especial para cada ámbito o si se puede plantear un cuerpo normativo de carácter general aplicable a los diferentes escenarios en los que puede ocurrir la hostilización.

En nuestra opinión, tanto los proyectos legales cuya ejecución está a cargo de las organizaciones de la sociedad civil, como las universidades que forman a profesionales del Derecho, son quienes deben adoptar la nueva perspectiva de DIP.

En esta línea, los proyectos legales que adopten como eje temático el acoso sexual debieran desarrollar articuladamente las siguientes acciones básicas:

1. Asumir la defensa judicial de casos paradigmáticos de acoso sexual, lo que supone dar cabida en los servicios legales a este tipo de problemas. Dada la diversidad de ámbitos en los que ocurre el acoso sexual, deberían levantarse criterios muy claros para seleccionar casos que permitan abarcar la realidad completa del acoso. El seguimiento de estos procedimientos evidenciará un conjunto de problemas: falta de normas, problemas de probanza, falta de garantías para las víctimas, etc.

³⁴ Al momento de elaboración del presente documento, hemos obtenido información sobre dos propuestas de ley sobre el acoso sexual. La autora de una de estas propuestas es la congresista Patricia Elizabeth Donayre Pasquel, cuya propuesta incide en incorporar al Código Penal la figura de acoso sexual. La otra propuesta corresponde al congresista Luis Delgado Aparicio, quien plantea una normatividad referida al ámbito laboral.

2. Los casos o problemas detectados deben ser colocados en la opinión pública a través de campañas de difusión.
3. A partir de los datos recogidos de la realidad (a través de la asesoría y defensa judicial) se debe aportar al estudio, a la generación de conocimiento cualitativo y cuantitativo, que a su vez permita validar opiniones y propuestas para la elaboración normativa.

El DIP puede así contribuir a la formulación de un modelo de abordaje frente a los casos de acoso sexual que articule los siguientes componentes:

- Atención e información legal a las víctimas;
- Estrategias judiciales para la defensa;
- Recuperación de las víctimas.

Perfeccionado este modelo de abordaje, debe ponerse en condiciones de ser replicado en diferentes instancias de la sociedad encargadas de brindar servicios.

A su vez, desde las Universidades se deben desplegar acciones con una perspectiva de DIP a través de las siguientes acciones:

1. Docencia: incorporando un enfoque de género en la enseñanza y estudio del Derecho, lo que llevará necesariamente a analizar temas como el hostigamiento sexual contra mujeres.
2. Investigación: aportar a la comunidad con investigaciones socio-jurídicas sobre la materia. El estudio debe significar la confluencia de diversas disciplinas pues abordar temas que tienen en su base relaciones de género supone la necesidad de articular diferentes fuentes de conocimiento.
3. Proyección social: incorporar la problemática del acoso sexual entre los ejes temáticos de las actividades de proyección social desde el Derecho (asesoría legal y defensa)
4. Formación de operadores del derecho: Contribuir a la formación de los operadores del derecho con una perspectiva de DIP.

5. Códigos de ética: contar con lineamientos que permitan prevenir y sancionar el acoso sexual entre los miembros de las comunidades universitarias, constituyendo así un modelo de actuación replicable a otros centros de formación.

El acoso u hostigamiento sexual es una grave violación a los derechos humanos. Este no es un problema que sólo concierne a las mujeres, más bien evidencia que las relaciones de poder que se dan entre varón y mujer son generadoras de desigualdad y de discriminación. Frente a ello, trabajar con un enfoque de género es el gran reto del DIP.

Bibliografía adicional

- CORTINA, Adela. *Ciudadanas del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Memoria. Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer. Abril 1998-abril 2000*. Lima, 2000.
- ORTEGA, Margarita (ed.). *Género y ciudadanía. Revisiones desde el ámbito privado*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, 1999.
- VARIOS AUTORES. *Género y Derecho*. American University, Washington College of Law. Santiago: LOM Ediciones, 1999. Colección Contraseña.

Otras fuentes consultadas:

Documentos del Congreso de la República:

- Proyecto de Ley N° 2842/96-CR
- Comunicación escrita de la Cámara de Comercio de Lima dirigida a la Comisión de la Mujer, sobre posición institucional frente al Proyecto de Ley N° 2842/96-CR.
- Proyecto de Ley N° 100 del 31 de julio del 2000.
- Proyecto de Ley N° 0116/2000-CR
- Dictamen de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Humano, recaído en el Proyecto de Ley N° 116/2000-CR.

Entrevistas

Para la realización del presente trabajo se realizaron dos entrevistas:

1. A la doctora Tammy Quintanilla, abogada del Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, quien durante la elaboración de una propuesta de ley sobre acoso sexual se desempeñó como asesora de la Comisión de la Mujer del Congreso de la República.
2. Al doctor José Balta Varillas, abogado que participó como ponente en la primera audiencia pública realizada por la Comisión de la Mujer sobre la propuesta de ley contra el acoso sexual.

OBSERVACIÓN ELECTORAL E INTERÉS PÚBLICO EN EL PERÚ

CÉSAR LANDA*

1. Proceso de democratización
2. Marco conceptual de la observación electoral
3. Marco normativo de la observación electoral
4. Balance de la observación electoral en los procesos de 2000 y 2001
 - 4.1. Proceso electoral de 2000
 - 4.2. Proceso electoral de 2001
 - 4.2.1. Primera Vuelta
 - 4.2.2. Segunda Vuelta
5. Conclusiones

Bibliografía

* Profesor de Derecho Constitucional y Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Proceso de democratización

En el marco del proceso de globalización de la democracia y de los derechos humanos, en la sesión extraordinaria de Windsor, Canadá, en junio del 2000, la Organización de los Estados Americanos (OEA) sentó en el banquillo de los acusados al gobierno de Fujimori por violar los mandatos de defensa del sistema democrático de la carta americana. La causa fue el fraudulento proceso de re-reelección presidencial de Fujimori —realizado en dos vueltas el 9 de abril y el 28 de mayo de 2000—, que generó una crisis de legitimidad política.

Debido a ello, la OEA estableció en Lima, en julio del 2000, una Mesa de Diálogo donde representantes del gobierno, la oposición y de la sociedad civil debían debatir sobre temas centrales para el fortalecimiento democrático: básicamente la reforma del sistema judicial, la reforma del sistema electoral, la reforma del aparato militar y la restitución de los medios de comunicación a sus legítimos propietarios. A fines de ese mismo mes la ciudadanía se movilizó en el ámbito nacional en la llamada Marcha de los Cuatro Suyos —en alusión a la demarcación territorial incaica—, liderada por Alejandro Toledo, candidato presidencial que renunció ir a la segunda vuelta electoral por considerar que no existían las condiciones democráticas mínimas para una elección limpia y transparente.

En septiembre de ese mismo año, en pleno proceso de diálogo, desdibujado debido a la falta de voluntad del gobierno para concertar con lealtad democrática, se difundió un vídeo en los medios de comunicación social. Allí aparecía Vladimiro Montesinos, hombre fuerte del régimen fujimorista, entregando quince mil dólares al congresista de oposición Alberto Kouri

¹ Este texto fue escrito antes de la realización de la segunda vuelta electoral de las elecciones generales de 2001, llevadas a cabo el 3 de junio de ese año.

para que pase a la bancada parlamentaria fujimorista, a fin de que el gobierno logre la mayoría parlamentaria que no obtuvo mediante el sufragio ciudadano.

Con este vídeo se confirmó una verdad pública tanto del origen del transfuguismo de varios parlamentarios de la oposición hacia el oficialismo, como de la corrupción política con que se había desarrollado el proceso electoral, que había quedado impune.

Frente a esta situación, en vez de destituir y mandar procesar a su asesor Montesinos y pedir que se levante la inmunidad parlamentaria del congresista Kouri, el entonces Presidente Alberto Fujimori anunció su renuncia a terminar su mandato el 2005, disponiendo la convocatoria a elecciones no sólo presidenciales, sino también parlamentarias.

Esta decisión política se tradujo en un acuerdo entre el gobierno y la oposición en la Mesa de Diálogo de la OEA para reformar la Constitución. La negociación no estuvo exenta del chantaje gubernamental para que se aprobase simultáneamente en el Congreso una amnistía a los militares ante eventuales procesos judiciales por delitos de narcotráfico. Pero el chantaje no prosperó debido a la agudización de la crisis política provocada por la corrupción gubernamental generalizada.

En consecuencia, el 5 de noviembre de 2000 entró en vigencia la Ley N° 27365, mediante la cual se realizó la tercera reforma a la Constitución de 1993. Esa reforma fue aprobada por dos tercios de los congresistas —en dos artificiales legislaturas ordinarias de la Cámara Única—, con el fin de permitir que los mandatos de cinco años del entonces Presidente Fujimori y de los parlamentarios culminasen en julio del 2001 en vez de terminar en julio del 2005. Asimismo, se dispuso la prohibición de la reelección presidencial inmediata, salvo que se deje un período como mínimo.

Pero la crisis política que desató el vídeo de la corrupción gubernamental no se agotó en la reforma constitucional mencionada, sino que estuvo acompañada de un conjunto de movilizaciones ciudadanas de protesta, así como de una medida democratizadora: la censura de la Presidenta del Congreso, Martha Hildebrandt,

y de la elección de Valentín Paniagua, representante de la bancada de la oposición, como nuevo Presidente del Congreso.

Asimismo, se produjo otro hecho sin precedentes políticos: la salida de Fujimori del Perú, el 13 de noviembre, con el pretexto de participar en Brunei en una conferencia internacional de economía de la región Asia-Pacífico, para luego continuar viaje extra-oficialmente al Japón, desde donde envió su carta de renuncia a la Presidencia de la República ante el desconcierto y desbande de sus ministros y congresistas, así como la indignación de sus opositores políticos y la opinión pública nacional, que raudamente se movilizó en las diferentes plazas del país para celebrar la caída del régimen fujimorista.

El 22 de noviembre del 2000, ante el acto de deslealtad política de Fujimori, con los votos de las minorías y la mayoría parlamentaria, de conformidad con el artículo 113° inciso 2 de la Constitución, el Congreso de la República aprobó declarar la vacancia presidencial por causa de permanente incapacidad moral, rechazando tácitamente su pedido de renuncia.

La declaración de la incapacidad moral de Alberto Fujimori tuvo como consecuencia constitucional inmediata su destitución como Presidente de la República, Es decir, quedó vacante el cargo de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno que asume el Presidente de la República de conformidad con los artículos 110° y 118° inciso 3 de la Constitución.

En el régimen constitucional peruano existen dos vice-presidentes de la República para reemplazar sucesivamente al Presidente en caso de ausencia, suspensión o vacancia. Sin embargo, dada la grave crisis moral en la que estaban directamente involucrados Fujimori y Montesinos, ambos renunciaron previamente a la destitución presidencial.

Producida la vacancia presidencial de Fujimori, el doctor Valentín Paniagua, en su calidad de Presidente del Congreso, asumió automáticamente el cargo provisorio de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 115° de la Constitución.

Si bien se ha debatido acerca de los límites en el ejercicio excepcional de su nuevo cargo, lo cierto es que al haber pedido licencia de su función parlamentaria y haberse elegido *ad interim*

a un nuevo Presidente del Congreso —Carlos Ferrero—, Valentín Paniagua ejerce las competencias y facultades del cargo de la Presidencia de la República de pleno derecho, hasta el 28 de julio del 2001, fecha en la cual se llevará a cabo el relevo de la Presidencia.

La caída de Fujimori y de su gobierno se debe en buena medida a su obcecado compromiso de defensa de todas las acciones de Montesinos. Sale del país y anuncia su retiro ante la eventualidad de que las comisiones investigadoras del Congreso, el Ministerio Público o del Poder Judicial inicien procesos parlamentarios y/o judiciales investigatorios, ante la posibilidad de que los medios de comunicación independientes del gobierno profundicen sus investigaciones periodísticas sobre las acciones ilegales de su asesor (acoso a la oposición política, corrupción de jueces y parlamentarios, vínculos con las operaciones paramilitares, con el narcotráfico y con el tráfico de armas).

Precisamente, el pedido de vacancia presidencial de la oposición parlamentaria obtuvo consenso en la opinión pública y en la Cámara Única, en la medida que Fujimori fue el principal defensor de Montesinos en el tráfico ilegal de armas compradas por el ejército peruano a Jordania, que fueron desviadas a la guerrilla colombiana. Este caso resultó ser el detonante que habría dado lugar a que uno de sus pequeños socios —encarcelado por orden de Fujimori y Montesinos—, entregara para su difusión el vídeo de la corrupción Montesinos-Kouri, por un alto precio.

2. Marco conceptual de la observación electoral

A lo largo de la pasada década de los noventa hemos sido partícipes del desarrollo de la noción y de las prácticas espontáneas de acciones de interés público, desconocidas conceptualmente hasta ese entonces, en función a atender dos problemas fundamentales de la ciudadanía: la lucha contra la violencia política y la pobreza.

Simultáneamente, frente a los graves indicios de manipulación de la voluntad popular, en las elecciones al Congreso Constituyente Democrático de 1992 y el referéndum constitucional de 1993 surgió la observación electoral como una necesidad ciudadana de participar cívicamente —no partidaria, ni políticamente—, a fin de asegurar que se realicen elecciones libres, limpias y justas.

Por ello, cuando se verificó la imposibilidad de que las tradicionales instituciones jurídicas y los mecanismos políticos protejan los derechos ciudadanos ante las nuevas situaciones de violación de derechos fundamentales, se dio lugar al empleo de cierto tipo de acciones denominadas las acciones de interés público, realizadas a través de las nuevas formas de organización de la sociedad civil, encaminadas a la protección de intereses difusos. En ellas, la titularidad del derecho no es adjudicada a un individuo ni a un grupo, si no que el interés a ser tutelado trasciende a ellos y viene a ser de todos.

Doctrinariamente se ha considerado que el denominado *interés público* es un concepto amplio en el que se puede distinguir entre los denominados intereses difusos, colectivos e intereses públicos en sentido estricto.

Los *intereses difusos* son aquéllos que involucran en sus efectos a un grupo de personas que no son responsables directa ni indirectamente de un hecho que, sin embargo, los afecta a todos por igual, como en el caso del fraude electoral.

Los *intereses colectivos* son aquéllos en los que se puede encontrar al grupo social o a las formas asociativas, ya sean estos reconocidos estatalmente o no, que detentan la titularidad de los derechos, como es el caso de los partidos y movimientos políticos.

Finalmente, los *intereses públicos* en sentido estricto son aquéllos que se pueden imputar al Estado o a los órganos que ejercen su representación, así como a las instituciones sociales básicas. Sin embargo, un individuo o un grupo de estos puede pretenderlos hacer valer frente a la administración de justicia, la administración pública o cualquiera de otra índole capaz de solucionar el conflicto, invocando para ello la realización del interés de la sociedad. Tal es el caso de la observación electoral.

En cualquiera de los supuestos anotados, se parte de concebir que el interés público está en función de los objetivos o funciones públicas del Estado constitucional y en el marco de una democracia deliberativa. De allí que en un Estado de Derecho no puede haber legitimidad del derecho sin democracia, pero tampoco puede haber democracia sin legitimidad del derecho. En este esquema se pondera el carácter cívico de la observación electoral como un derecho fundamental derivado de la democracia participativa. Desde esta perspectiva social y ciudadana se puede plantear que hay no sólo derechos fundamentales, sino también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional.

En una democracia militante la participación ciudadana es un derecho fundamental que se manifiesta de forma dual: el derecho de sufragio como una obligación ciudadana y la observación electoral como un deber ciudadano. En la lógica democrática funcional los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición individual, sino que presentan límites en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen obligaciones positivas y negativas así como el deber de fomentar el interés público.

En ese entendido, la idea de que en particular la observación electoral coadyuva a asegurar el fortalecimiento electoral del Estado constitucional, es una manifestación del desarrollo de los derechos a las libertades de pensamiento, información, opinión y expresión, así como a la libertad de prensa y libertad de reunión y asociación como bases necesarias para el funcionamiento de la observación electoral. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica a la persona como ciudadano en relación directa con el Estado, a través de sus derechos y deberes políticos. Por ello, la observación electoral tiene un objeto y cumple una función pública democrático-constitutiva de los procesos electorales en sociedades en procesos de democratización.

Así, el punto de partida, orientación y límites de la observación electoral en los procesos político-democráticos, se convierte en un valor constituyente del contenido y del ejercicio y de

los derechos de participación ciudadana. En consecuencia, la observación electoral se erige en un parámetro de validez de la movilización ciudadana, en los asuntos de interés público electoral no partidarios, en la medida que busca asegurar la legalidad y legitimidad de los gobernantes que salgan electos.

El que la observación electoral sea políticamente correcta en una democracia electoral, no deja de presentar interrogantes acerca de su posible instrumentalización por los poderes políticos, debido a sus limitaciones en un proceso electoral caracterizado por la decisión política gubernamental de perpetuar a un dictador o a un partido en el gobierno. Pero, precisamente es en este tipo de regímenes en que yace la legitimidad de realizar una observación electoral militante. Por ello, si bien siempre se presentarán límites a la observación electoral en los procesos de democratización con partidos o gobiernos autocráticos, también se encontrarán respuestas a las incógnitas acerca de las posibilidades de la observación electoral en el conocimiento del marco normativo electoral establecido.

3. Marco normativo de la observación electoral

En el modelo de Estado democrático en el que se enmarca nuestra sociedad, el acto central ciudadano por excelencia es la elección de las autoridades. Esta elección, para que pueda ser correctamente efectuada, requiere del reconocimiento y ejercicio previo de otros derechos fundamentales. En tal sentido, la Constitución de 1993 consagra el derecho a la participación ciudadana en la vida política (artículo 2° inciso 17), mediante el ejercicio de los derechos y deberes electorales de sufragio, referéndum, iniciativa legislativa, revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas (artículo 31°).

Asimismo, al establecer el derecho al acceso a la información pública de cualquier ciudadano (artículo 2° inciso 5), la Constitución hace posible que la colectividad sea capaz de informarse y formarse una opinión propia y, así, participar en la vida política del país de una manera conciente y responsable. Igualmente, en su artículo 185°, la Constitución señala que «el escrutinio de votos en toda clase de elecciones, de referéndum o de

otro tipo de consulta popular se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio (...).

De esa manera, el acceso a la información pública se amplía inclusive al acto de escrutinio de votos, entendiéndose este como un acto público e incluso susceptible de ser sometido a la observación ciudadana. Esto es así en la medida que «el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa» (artículo 176° de la Constitución). Así, se entiende, que la observación electoral constituya un derecho vinculado a la efectividad del proceso electoral.

De otro lado, la Ley Orgánica de Elecciones (LOE) señala en su artículo 336° que todos los ciudadanos aptos para participar en elecciones pueden ser acreditados como observadores en representación de las organizaciones que se constituyen para tal fin de acuerdo a las normas respectivas.

Sobre la base de la participación a través de los organismos de observación electoral se derivan obligaciones de dos tipos:

Obligaciones de hacer. De acuerdo a lo contenido en el artículo 337° de la Ley Orgánica de Elecciones, los observadores electorales pueden presenciar: los actos de instalación de las mesas de sufragio; el acondicionamiento de la cámara secreta; la verificación de conformidad de las cédulas de votación, las actas, las ánforas, los sellos de seguridad y cualquier otro material electoral; el desarrollo de la votación, el escrutinio y cómputo de la votación; la colocación de los resultados en lugares accesibles al público; y el traslado de las actas por el personal correspondiente.

Obligaciones de no hacer. Los observadores están prohibidos de sustituir u obstaculizar a las autoridades electorales en el ejercicio de sus funciones y de realizar actos que directa e indirectamente constituyan interferencia en el desarrollo del proceso electoral. Tampoco pueden hacer proselitismo de cualquier tipo o manifestarse a favor o en contra de agrupación política o candidato alguno; ni ofender, difamar o calumniar institucio-

nes, autoridades electorales, agrupaciones políticas o candidatos. De igual manera, en la actuación de los observadores electorales se proscribe el declarar el triunfo de agrupación política o candidato alguno, así como dirigirse a funcionarios del JNE solicitando informes o entrega de documentos oficiales. Así lo dispone el artículo 337° de la LOE.

Es así como, si bien es cierto que la labor de observación electoral constituye una garantía de claridad en la realización del proceso electoral en sí mismo, los observadores tienen un papel neutro, pues son veedores del proceso y receptores de las quejas y denuncias que se puedan generar. Sin embargo, en contextos de transición de un régimen autoritario a uno democrático se observa que las fuerzas retrógradas pretenden denigrar o manipular la figura de los observadores, al ubicarlos como garantes de procesos electorales que pueden ser fraudulentos, fingiendo corregir los problemas que estos identifican, como se detectó en el proceso electoral de 2000 y que se comenzaron a resolver en el proceso de 2001.

4. Balance de la observación electoral en los procesos de 2000 y 2001

4.1. Proceso electoral de 2000

Durante el proceso electoral realizado el 2000, la ilegítima candidatura del ex-Presidente Fujimori a una tercera re-reelección, así como los indicios de corrupción gubernamental a todo nivel hacían previsible la realización de un fraude electoral. Por tal motivo, como medida de seguridad, se hizo necesaria la presencia de numerosas misiones de observación electoral nacionales y extranjeras, cuyo objetivo era garantizar una elección libre, justa y transparente. El que una misión de observación electoral sea enviada a un país es un hecho patológico que caracteriza, por lo general, las transiciones democráticas en donde los regímenes dictatoriales salientes buscan que sus sucesores sean partidos o líderes que les faciliten una salida decorosa.

Sin embargo, el 9 de abril de 2000, pese a la presencia de los observadores nacionales e internacionales y de la aparente dis-

posición del gobierno fujimorista de adecuar el sistema electoral peruano para que cumpla con los estándares internacionales mínimos de un proceso electoral justo y libre —tales como legislación adecuada, un padrón electoral preciso, así como el soporte técnico adecuado para la tabulación de los votos, entre otros—, se produjeron muchas denuncias de graves irregularidades durante ese proceso. Debido a ello, todas las misiones de observación electoral abandonaron su participación dado que en la segunda vuelta electoral no existían las garantías mínimas para poder realizar su misión de observación.

Así, la actuación de esas misiones extranjeras y nacionales constituyó un mecanismo de defensa de la voluntad popular, pues se encargaron principalmente que el voto ciudadano sea respetado, sea cual fuere. Asimismo, se constituyeron en portavoces de la necesidad ciudadana de acceso a la información, pues por su función tenían un mayor conocimiento que el ciudadano promedio del funcionamiento del sistema electoral.

En las líneas que siguen se analizará las conclusiones de las diferentes misiones de observación electoral en las elecciones del 9 de abril de 2000.

- a. *Misión Electoral de la OEA.* La Misión de Observación Electoral de la OEA (MOE/OEA) cumplió un papel muy importante en la observación de esas elecciones. Una de las conclusiones más interesantes a las que llegó fue la falta de credibilidad de los organismos del sistema electoral peruano frente a la opinión pública, debida principalmente a la utilización del sistema electoral con el fin de asegurar la tercera elección de Fujimori. El régimen de entonces intentó, sin conseguirlo, darle un aire de legalidad a un proceso a todas luces viciado. Constatadas las graves irregularidades en el sistema de cómputo de la ONPE, la MOE/OEA afirmó que la efectividad del proceso estaba condicionada a que esa institución estatal fuese capaz de corregir las deficiencias, y a que las diferentes organizaciones políticas participantes en la segunda vuelta lograsen la acreditación de personeros técnicos y políticos que pudiesen asegurar una medición comprobada.

Entre las denuncias que recibió la MOE/OEA estaban: la inscripción fraudulenta de la agrupación Perú 2000; el caso de los digitadores denunciados por ONPE por intentar cambiar los resultados de la votación a favor de algunos congresistas; la desigualdad de cobertura de los candidatos presidenciales por parte de la televisión de señal abierta; el uso de fondos públicos en la campaña de uno de los candidatos.

- b. *Federación Internacional de Derechos Humanos*. Entre sus principales críticas se encuentra la ausencia de un Estado de Derecho en nuestro país desde el 5 de abril del año 1995, año en que se produjo el autogolpe de Fujimori, quien cerró el Congreso y convocó a nuevas elecciones tanto presidenciales como parlamentarias. La FIDH constató abusos en la utilización de recursos estatales a favor del candidato presidente y de un estado de indefensión del ciudadano frente al poder estatal.

Para paliar esta sensación de indefensión frente al aparato estatal, la FIDH recomendó al Estado Peruano la abstención de la utilización de recursos estatales en la campaña de Fujimori, así como que el gobierno garantizase el equitativo acceso de todos los candidatos a los medios de comunicación. Asimismo, planteó la necesidad de regresar al Estado de Derecho mediante la restitución de los magistrados del Tribunal Constitucional, el dejar sin efecto el retiro de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el retiro de los comités de autodefensa, entre otras medidas.

- c. *Defensoría del Pueblo*. La Defensoría del Pueblo también cumplió con la función de observación en el proceso electoral del 2000 y encontró diversas irregularidades en el acceso a los medios de propaganda electoral, en las cédulas de votación, en las medidas de seguridad para el traslado de las actas electorales, en el desempeño de los miembros de mesa. Asimismo, dificultades al desempeño de personeros, proselitismo de funcionarios públicos, uso indebido de recursos del Estado, detenciones, información indebida solicitada por parte de las Fuerzas Armadas, deficiencias en las listas de electores, ejercicio indebido del sufragio, dificultades en la

realización del escrutinio y en la organización del proceso electoral, deficiencias en el sistema informático. La Defensoría propuso recomendaciones para lograr subsanar las deficiencias, superar las dificultades y corregir las irregularidades.

- d. *Asociación Civil Transparencia*. Transparencia igualmente observó las irregularidades producidas en el proceso electoral del 2000. Objetó lo que consideraba una legislación electoral parcializada, defectuosa e insuficiente que permitió la inconstitucional presentación del entonces Presidente Fujimori a un tercer proceso electoral. Asimismo, puso en evidencia la modificación del sistema de votación del JNE, que elevaba a cuatro los votos necesarios para resolver la denegatoria de las inscripciones, impugnaciones y tachas, que de no llegar a ese número deberían ser declaradas infundadas. De igual manera, señaló que se elevó el número de firmas requerido para la inscripción de partidos y agrupaciones políticas. Otro tipo de irregularidad referida a la legislación, denunciada por Transparencia, fue la promulgación de la Ley N° 27163, que impide la postulación de las personas con un proceso judicial en curso, desconociéndose la presunción de inocencia. El recorte de los plazos para la realización del proceso electoral fue duramente criticado por esta institución, sobre todo considerando que las objeciones presentadas contra las fallas del sistema de cómputo de la ONPE no podían ser resueltas en plazos cortos. Entre otros problemas, también objetó la falta de claridad en el financiamiento de las campañas y propaganda electoral, la aceptación legal de la existencia de un exceso de votos sobre votantes, las tasas para tachas y peticiones de nulidad, el quiebre de la imparcialidad del Estado —mediante el uso de bienes públicos, la utilización del cargo público y acciones de hostigamiento—, la ausencia de competencia electoral —el acceso discriminatorio a los medios de comunicación, la parcialización de los medios de comunicación a favor del candidato de la reelección, la ausencia de pluralismo informativo y la hostilización y acoso a los candidatos, persone-

ros y observadores—, la incompetencia y parcialidad de la autoridad electoral —que se manifestó en la designación de ciertos funcionarios electorales—, la falsificación de firmas para inscribir al Frente Independiente Perú 2000, la abdicación del JNE de su atribución de fiscalización electoral, la ausencia de capacitación a los miembros de mesa y a los electores, la carencia de un sistema de cómputo eficiente, accesible y confiable.

- e. *Misión de Observación Electoral del Centro Carter*. Constató que el proceso electoral no cumplía con los estándares mínimos para calificar como democrático, principalmente por deficiencias en el sistema de cómputo, que lo hacían vulnerable a cualquier intento de manipulación electoral.

4.2. Proceso electoral de 2001

La elección presidencial y parlamentaria del 8 de abril de 2001 fue concebida como la respuesta democrática y constitucional a la crisis política desencadenada con la ilegítima re-reelección del ex Presidente Fujimori el 2000. La masiva participación ciudadana en la jornada electoral demostró la confianza del pueblo en este proceso de democratización, lo cual otorgó legitimidad electoral al nuevo gobierno que se constituirá tras la segunda vuelta electoral presidencial entre Alejandro Toledo y Alan García.

4.2.1. Primera Vuelta

Las características principales del proceso electoral de 2001 se pueden identificar en los siguientes indicadores electorales:

- a. *Imparcialidad política del gobierno*. A través de su imparcialidad política y neutralidad frente a las distintas candidaturas políticas, incluso con la de la lista parlamentaria de su propio partido —Acción Popular—, el Presidente Valentín Paniagua, a cargo del gobierno transitorio, aseguró unas elecciones limpias y justas. Esta actitud propia de un estadista se distancia claramente de la posición asumida por el ex-Presi-

dente Fujimori, quien quebró la necesaria neutralidad del gobierno y comprometió a todo el aparato del Estado en beneficio de su candidatura re-reeleccionista (empleo de los bienes y cargos públicos, acciones de hostigamiento y demolición a los candidatos opositores Andrade, Castañeda, Toledo).

- b. *Competencia electoral.* Tanto la legislación como la gestión electoral actuales han permitido una libre competencia electoral entre todas las candidaturas inscritas, en igualdad de condiciones. Asimismo, un acceso equitativo a los medios de comunicación estatales y, sobre todo, privados a través de la franja electoral. Esto contrasta abiertamente con la elección del 2000, en la cual se produjo un acceso discriminatorio a los medios de comunicación. Más aun, los medios de comunicación del Estado y los privados —hipotecados o comprados por el Gobierno— estuvieron al servicio de la re-reelección presidencial de Fujimori.
- c. *Eficiencia del sistema electoral.* Las instituciones que integran el sistema electoral —Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil— han llevado a cabo un proceso electoral técnicamente eficiente e imparcial, con resultados electorales confiables y oportunos. Por ello los resultados electorales son la expresión auténtica, libre y espontánea de la voluntad popular.

Por el contrario, el sistema electoral en el 2000 demostró incompetencia y parcialidad de las autoridades electorales. En esa ocasión se careció de un sistema de cómputo eficiente, accesible y verificable, la designación de las autoridades electorales nacionales y departamentales fue parcializada, y estas actuaron de modo omisivo frente a la falsificación de más de un millón de firmas para inscribir a un partido fujimorista.

4.2.2. Segunda Vuelta

El sistema electoral peruano establece que si en la primera vuelta la primera mayoría no ha obtenido el cincuenta por ciento más uno de los votos válidamente emitidos, se pasa a una segunda vuelta —*ballotage*— que disputan las dos candidatu-

ras presidenciales más votadas. En este caso, la contienda se dará entre la de Alejandro Toledo, de País Posible, y la de Alan García, del Partido Aprista peruano.

La segunda vuelta electoral peruana se inserta en un régimen constitucional semipresidencial, en la medida en que solo se aplica a las candidaturas presidenciales y no a las parlamentarias. Con el *ballotage* se refuerza la legitimidad electoral de quien salga electo como Presidente de la República. Ello porque este sistema electoral reduce la contienda política a solo dos partidos, promoviendo una polarización de las demás fuerzas y tendencias políticas detrás de las dos primeras mayorías. De ese modo se irán produciendo alianzas tácitas o expresas multipartidarias, detrás de las candidaturas de Toledo y García.

La segunda vuelta electoral también conduce a una polarización de la opinión pública. No obstante haber apoyado a una determinada candidatura, los ciudadanos no endosan necesariamente su voto sobre la base de los pactos que suscriben sus líderes. Esto en la medida en que no hay una disciplina partidaria en Unión Nacional, de Lourdes Flores, ni en el FIM, de Olivera. Más aun, al quedar eliminadas sus candidaturas por las otras dos opciones, el *ballotage* genera una mayor presión sobre el electorado, favoreciendo dos actitudes: un voto más racional y estratégico en unos casos y, un voto más emotivo e irreflexivo de otro. Sin embargo, también ha aparecido una marcada intención de voto blanco y nulo, como una tercera opción que ocupa ahora un segundo lugar en las encuestas de opinión, ante la insatisfacción que siente un sector de la ciudadanía frente a las candidaturas de Alejandro Toledo y Alan García.

En estas condiciones electorales la tarea de la observación se centra en la promoción del debate de programas políticos, que permita a la ciudadanía optar informadamente por una u otra alternativa o eventualmente ninguna de ellas. En consecuencia, la observación electoral no se reduce a una tarea pasiva circunscrita al día de las elecciones de la segunda vuelta, sino también a una observación activa que promueve en los candidatos, para beneficio de los votantes, la discusión y el debate de propuestas de gobierno a ser implementadas por el ganador. Una

muestra de ello es la organización del debate presidencial entre Toledo y García que ha organizado Transparencia unas semanas antes de la segunda vuelta electoral.

5. Conclusiones

La observación electoral se plasma en el Perú como la expresión activa del derecho ciudadano a participar en la vida política, en defensa del sistema democrático electoral, frente al establecimiento del régimen autocrático de Fujimori a partir del autogolpe de Estado de 1992. Una vez que se restablezca plenamente la democracia peruana, la observación electoral dejará de ser necesaria como mecanismo de defensa de la democracia, pero continuará como una tarea de promoción de valores democráticos de participación ciudadana.

En los procesos de transición de regímenes dictatoriales a regímenes democráticos, la observación electoral cumple con la función de tutela del interés público de garantizar la transparencia de las elecciones. Igualmente vela por el respeto de la voluntad popular expresada en las urnas, sobre la base de un voto informado, libre y justo. El marco normativo para la observación electoral garantiza mínimamente un rol de protección de ese voto, en la medida que se regula una observación pasiva y limitada al día de las elecciones.

De allí que, si bien las elecciones del 2000 se desarrollaron en un marco autoritario, la observación electoral de más de veinte mil voluntarios puso en evidencia la falta de garantías para la participación electoral del pueblo, ya que no se aseguró la realización de unas elecciones que fueran la expresión auténtica, libre, informada y espontánea de la voluntad ciudadana.

Bibliografía

- BERNBAUM, Marcia y otros. *Transparencia: Peruvian Civil Society Observes Peru's Controversial 2000 Elections. Vigilance case study*, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

- CENTRO CARTER. *Comunicado de prensa*. Lima, 11 de febrero de 2000.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Elecciones 2000. Informe de supervisión de la Defensoría del Pueblo*. Lima: Desa, 2000.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Elecciones 2001. Balance de la primera vuelta electoral*. Lima, 2001.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la misión de la Federación Internacional de Derechos Humanos de observación electoral a Perú*. Lima, 2000.
- GARBER, Larry. *Pautas para la observación internacional de elecciones*. Washington D.C.: Grupo Jurídico sobre Derechos Humanos Internacionales, 1986.
- GONZALES, Gorki. «Interés público en institucionalidad democrática: Investigación para la acción». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000.
- GONZÁLEZ, Felipe. «Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 7.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Diccionario Electoral*. Tomos I y II. San José: IIDH, 2000.
- JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. *Elecciones Generales 2001. Legislación Electoral del Perú*. Lima, 2001.
- ONPE. *Compendio Legal Electoral 2000*. Lima, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Tomos 1 y 2. Madrid: Alianza Editorial, 1987.
- TRANSPARENCIA. *Balance de las elecciones peruanas del año 2000*. Lima, 2 de junio de 2000.
- TRANSPARENCIA. *Informe de las Elecciones 2000*. Lima, 25 de septiembre de 2000.
- ZAGREBLESKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trota, 1995.

LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LAS ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO

RENÉ ORTIZ *

Nota preliminar

1. ¿Por qué la educación superior es un tema de interés público?
 - 1.1. Estado, universidad e interés público
 - 1.2. Servicio público, interés público y autonomía universitaria
 - 1.3. Intervención e interés público
 - 1.4. Derechos de profesores y estudiantes e impacto público
 - 1.5. Educación universitaria y derechos humanos
2. Vicisitudes de la educación superior: las opciones legislativas de los noventa
 - 2.1. Antecedentes legislativos
 - 2.2. El Decreto Legislativo N° 882
3. La universidad de cara al siglo XXI: el interés público por proteger
 - 3.1. La nueva problemática de la autonomía universitaria
 - 3.2. La autonomía universitaria en la perspectiva de las acciones de interés público

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Coordinador de la Maestría de Derecho Civil de la PUCP.

Nota preliminar

El presente estudio explora los vínculos que creemos debieran existir entre la educación superior como derecho fundamental y las *acciones de interés público*, entendidas estas como una nueva estrategia jurídica dispuesta a rescatar el espacio de lo público del marasmo privatista que ha dejado la ola neoliberal de los noventa.

Nuestra hipótesis presupone reconocer que:

- a. la educación nunca ha dejado de tener un carácter público porque atañe a todos la formación de las generaciones futuras, pese a la monserga de los nuevos liberales;
- b. la educación universitaria es claramente un tema de interés público, no debiendo reposar solo en la universidad la defensa de su causa;
- c. la legislación de la década pasada ha alterado la naturaleza pública de la educación superior;
- d. los cauces jurídicos que ofrecen las acciones de interés público deben ser aprovechados por la universidad y por los ciudadanos del siglo XXI para restablecer, cuando sea necesario, los derechos inherentes a la educación universitaria.

1. ¿Por qué la educación superior es un tema de interés público?

Sin ánimo de ingresar al cúmulo de reflexiones que sobre la noción de interés público ha generado la estrategia de las *acciones de interés público*, nos valdremos en esta parte de cinco rasgos distintivos, generalmente aceptados,¹ para reconocer a la edu-

¹ Nos apoyamos en esta parte del trabajo en la conceptualización que sobre el interés público desarrolla GONZÁLEZ, Felipe en «Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 7, pp. 15-49.

cación en general y a la universitaria en particular como un tema pertinente.

1.1. Estado, universidad e interés público

En primer lugar *se identifica al interés público con el que debe representar el Estado*. Aun cuando esta perspectiva esté en entredicho, podemos reconocer en la historia de los últimos doscientos años —la del Estado-nación— que la actividad educativa ha sido de particular preocupación e interés para el Estado y lo sigue siendo a tenor de lo prescrito en los artículos 13° y siguientes de la actual Constitución Política del Perú.

Acogiendo tanto la herencia española como el modelo napoleónico del ochocientos, la educación superior en el Perú ha estado en manos del Estado de manera exclusiva hasta 1960 con una solitaria excepción, en 1917, cuando se funda la primera universidad privada, o libre como la denominaban en aquel entonces.²

El Estado, consciente de la naturaleza política del saber, siempre ha estado presente regulando la actividad educativa tanto en su organización como en su funcionamiento y contenido.

En el caso de la universidad, por su naturaleza generadora y administradora del saber superior, el Estado ha tenido que reducir progresivamente su injerencia en los contenidos primero y en el funcionamiento después,³ conforme la institución adquiría conciencia de su ser autónomo, particularmente a partir de los movimientos universitarios reformistas latinoamericanos que se iniciaran con el Movimiento de Córdoba en 1918.

Sin embargo, el poder político en ningún momento ha perdido de vista el quehacer universitario. El vínculo ha sido siempre una ley, cuyas normas han delimitado el importante campo

² El 24 de marzo de 1917 se autoriza el funcionamiento de una universidad católica, bajo el marco legal de 1902 que permitía el establecimiento por manos privadas de centros educativos superiores, si bien bajo la tutela de la Universidad Mayor de San Marcos que era el centro de la actividad universitaria en el Perú.

³ La Ley de Educación de 1902, que rigió hasta 1918, determinaba la organización de las universidades públicas y, aún más, de modo prolijo el plan de estudios de las carreras que ofrecían.

de la autonomía universitaria. Qué podía o debía hacer la universidad es la cuestión que tocaba al Estado establecer, defender y también controlar.

Aun para los que alguna vez aplaudieran su privatización, la injerencia estatal es necesaria y reclamada cuando se ponen en evidencia excesos o abusos cometidos en algunas universidades, incluso privadas. El Estado es el llamado en última instancia, en países como el nuestro, a afrontar la problemática universitaria.

Ahora bien, más allá de los espacios de libertad que reconocía el Estado a la universidad mediante las leyes universitarias, estas normas eran justamente límites a la autonomía que implicaban mensajes muy claros para la sociedad en su conjunto acerca del papel que debía cumplir la institución universitaria. Que el Estado representaba el interés público en el tema educativo no cabe duda en el Perú.

1.2. Servicio público, interés público y autonomía universitaria

Avanzando en el análisis, sobre la educación superior debiera recaer antes y ahora un *interés público nítido*, es decir, que no debe confundirse con el interés privado.

Si como señaláramos líneas arriba, la aparición de la universidad privada al lado de la pública data de hace ochenta años, eso podría dar a entender que no se trata de un tema nítidamente público. Sin embargo, la esfera de lo privado alcanzaba a la entidad jurídica y a su organización pero no a la actividad educativa ni a la función educativa, pues estas seguían sujetas a los dictados públicos.

Dado que puede resultar oscuro determinar cuándo estamos ante la esfera de lo público, conviene recabar el aporte del Derecho Administrativo, en tanto ha sido la rama del Derecho que más preocupación ha tenido respecto de la manera más precisa de concebir el servicio público:

La imprecisión del concepto de servicio público tiene su origen en la variedad de significados que han recibido los dos términos de la expresión. Para unos, «servicio» era una organiza-

ción de medios; para otros, una actividad o función. El término "público", según las diversas tendencias doctrinales, correspondía a la condición del sujeto titular de servicio (persona pública); a la naturaleza de las facultades jurídicas empleadas para su funcionamiento (poder público); al fin al que se dirigía el servicio (fin público o una especie de fin público); al régimen jurídico al que estaba sometido (régimen jurídico-público); e incluso a los destinatarios del mismo (el público).⁴

Al margen, por ahora, de las discusiones jurídicas tendientes a determinar cuándo una institución tiene carácter público o no, queremos dejar sentado que cada una de las tendencias doctrinales citadas en la nota han aportado en favor del carácter público de la institución universitaria.

En efecto, ella ha sido definida por ley como persona pública, se le han dado poderes públicos como el de otorgar títulos profesionales a nombre de la Nación, se ha estimado la educación superior como un fin público de la más alta importancia para el desarrollo del país y se le ha dado muchas veces un régimen jurídico especial, difícilmente asemejable al de una institución privada.

En el pasado, para que la instrucción impartida por la entidad privada tuviera carácter universitario oficial, tenía que recabar autorización especial del Estado, inclusive por ley, sin la cual no podía empezar a ofrecer tal servicio. Asimismo, los grados y títulos solo podían ser otorgados cuando la universidad alcanzaba su plena autonomía o cuando recibía autorización especial como si fuera una entidad pública. La universidad privada debía demostrar en el pasado que brindaba un servicio equiparable en calidad al de la universidad pública.

Hoy, conforme a la ley vigente, toda universidad privada debe obtener autorización de funcionamiento del Estado y solo podrá otorgar grados y títulos profesionales por ella misma si recibe la autorización de funcionamiento definitivo, lo cual im-

⁴ BOQUERA OLIVER, José María. *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1992, vol. I, p. 273.

plica que goce de plena autonomía. Entre tanto, sus grados y títulos deben ser previamente autorizados por el organismo público competente.⁵

En definitiva, una universidad en el Perú dispone de esa situación jurídica peculiar, reconocida por la Constitución y reglamentada por la ley, que la doctrina denomina autonomía universitaria.

Este rasgo fundamental distingue a la universidad de los demás ámbitos educativos porque su labor principal no consiste solamente en divulgar el conocimiento, sino también en crearlo o generarlo a través de la investigación científica y esto último precisa de libertad. Sin un mínimo de autonomía académica, administrativa y económica las tareas universitarias corren el riesgo de pervertirse si terminan sometidas a poderes políticos o económicos, pues las moldearían a su capricho.

Así pues, cualquier alteración de ese orden, sea por causas extrínsecas, como la decisión de un gobernante de intervenir la universidad, sea por orígenes intrínsecos, como la incapacidad de las autoridades universitarias para dirigir rectamente la institución, implica la vulneración de una garantía constitucional. En otros términos, implica la violación del interés público —la educación superior— porque el encargo dado por la sociedad no se estaría cumpliendo en condiciones satisfactorias.

1.3. Intervención e interés público

Precisamente en esta problemática universitaria también *se produce una violación del interés público asociada con defectos estructurales del orden legal interno*, otro rasgo de lo público.

La situación normal de una universidad es la de gozar de autonomía. Consecuentemente, sus problemas deben ser resueltos internamente. Cuando la propia existencia de la universidad está en peligro por desidia de sus autoridades o cuando se afecta gravemente los intereses de profesores y estudiantes,

⁵ La Ley N° 26439, dictada en 1995, creó el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades como entidad pública a cargo de autorizar y evaluar a las universidades de reciente creación.

surge la necesidad de intervenir la institución para dictar los correctivos del caso.

La intervención es una medida de excepción que requiere de una ley si se trata de una institución pública o de una disposición administrativa específica si se trata de una entidad privada. Supone, de un lado, un agravio al interés público, pero porque existen defectos graves en el régimen interno de la institución que solo pueden ser corregidos desde el exterior por los organismos públicos competentes. Se produce en casos asociados con defectos estructurales, porque obligan a modificar temporalmente el marco legal de autonomía para restablecer justamente el orden institucional perdido.

1.4. Derechos de profesores y estudiantes e impacto público

Aun cuando no se trate de casos de intervención de las universidades, que son de por sí impactantes, el solo hecho de afectar derechos de profesores y estudiantes puede estimarse de interés público porque tiene *un impacto público significativo*.

En efecto, alterar indebidamente la situación jurídica de un docente puede ser cuestionado como una afrenta a la libertad de cátedra. Restringir irregularmente la actividad académica de un estudiante puede ser reprochado como una violación a su derecho constitucional a recibir educación superior.

Como la limitación indebida hacia un individuo atañe a todos los de su categoría, no se genera solo responsabilidad ante el agraviado sino que se ponen de manifiesto mecanismos de reacción política. El tema universitario, cuando afecta a profesores o estudiantes, es uno de aquellos que encuentra rápida acogida en los medios de comunicación.

1.5. Educación universitaria y derechos humanos

La educación universitaria *está asociada a los derechos humanos*. Este es un rasgo distintivo del interés público que concierne a la universidad muy cercanamente, no simplemente como parte del derecho humano a la educación, sino porque en los últimos treinta años ha habido una corriente latinoamericana que ha

elevado el tema universitario al rango constitucional, permitiendo sostener que la educación superior es un derecho fundamental y la autonomía universitaria una garantía institucional. Así, pues, la Constitución Política peruana de 1993 recoge extensamente en los artículos 18° y 19° la libertad de crear universidades y, más importante aún, la de hacer ciencia y difundirla con entera libertad.

Igualmente, la importancia del acceso a la educación superior es recogida y destacada en los principales documentos internacionales sobre derechos humanos⁶ y ello en razón de antiguas y nuevas consideraciones. De estas últimas daremos noticia en el tercer capítulo, cuando veamos los nuevos fundamentos de la autonomía universitaria. En todo caso, la revisión practicada sobre los cinco rasgos distintivos del interés público confirma nuestra hipótesis acerca de la naturaleza jurídica de la educación superior.

2. Vicisitudes de la educación superior: las opciones legislativas de los noventa

2.1. Antecedentes legislativos

El marco legal que regula actualmente a las universidades peruanas data de 1983. Amparada por la Constitución Política de 1979, entonces vigente, la ley brindaba y ofrece todavía hoy a las universidades un marco de autonomía académica, normativa, administrativa y económica.

Esto puede ser corroborado si reparamos en las atribuciones de mera coordinación que la ley dio a la Asamblea Nacional de Rectores —organismo público dirigido por los rectores de las universidades autónomas—, a la que se le encomendó el sector universitario en representación del Estado.

También se comprueba con el hecho de que las instituciones universitarias, promovidas por entidades públicas o privadas,

⁶ Aparece en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Hombre y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

son gobernadas finalmente por el claustro docente con participación de estudiantes y graduados. En otros términos, la autonomía universitaria está en manos únicamente de profesores, estudiantes y graduados.

Este régimen se estableció para una treintena de universidades ya existentes y bajo su vigencia vieron la luz una veintena más hasta 1994, en que son creadas las últimas de acuerdo al régimen señalado, notándose un crecimiento particularmente en el número de las universidades privadas.

Sin embargo, a partir de ese año rige en el Perú una nueva Constitución que, bajo los influjos del régimen político en el poder, insufla aires neoliberales en todas las instituciones incluyendo a las universidades.

Así, el artículo 18° de la Constitución vigente señala que las universidades son promovidas por entidades públicas o privadas y que la ley regula la autorización de funcionamiento. Esto significa que las universidades públicas o privadas dejan de ser creadas por el poder político —es decir, mediante ley y contando con los dictámenes técnicos correspondientes, como señalaba la Constitución de 1979—, y que pasa a ser iniciativa de particulares o de organismos públicos específicos,⁷ reservándose para el Estado la autorización de funcionamiento y la supervisión durante el período de organización.

El nuevo esquema quedó regulado en 1995 con la creación del Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades. Este es un órgano autónomo de la Asamblea Nacional de Rectores, encabezado por ex-rectores de universidades públicas y privadas, al que le toca dar pase a los proyectos universitarios y supervisarlos durante los primeros años de funcionamiento. Alcanzada la madurez suficiente como para que se rijan autónomamente, a este mismo órgano le toca dar la autorización de funcionamiento definitivo.

Sin embargo, el gobierno no consideró suficiente este procedimiento de creación de universidades porque subsistía un pro-

⁷ Esto último fue desnaturalizado por el Poder Legislativo, que en el último quinquenio aprobó por ley la creación de media docena de universidades públicas sin recabar la opinión de los organismos técnicos.

blema central a ojos de los promotores de estas instituciones educativas.

Nos referimos a que el gobierno de las universidades, inicialmente en manos de representantes de los promotores, pasaba al dominio de la comunidad universitaria sin que los promotores pudieran conservar una cuota de poder suficiente como para participar en la toma de decisiones, justamente cuando la universidad alcanzaba su autonomía plena.

Se objetaba que la inversión hecha podía tener destinos no queridos por los fundadores, que en definitiva deseaban una participación directa en el gobierno de la institución porque, como cualquier institución privada, debía tener propietarios claramente identificados.

La Ley Universitaria de 1983 acogió el interés de los fundadores en el artículo 42º, que dispuso que ellos podían participar en el gobierno de la universidad en la proporción que señalaran los estatutos.

Sin embargo, como estos instrumentos jurídicos eran elaborados, de acuerdo a la misma ley, por los representantes de la comunidad universitaria y sin participación de los promotores, no se les reconoció mayores derechos e inclusive se cuestionó su calidad de fundadores. Esto ocasionó que no se les considerara en la estructura de gobierno.

Era evidente la intención del legislador de la década de los ochenta de brindar claramente un marco de autonomía universitaria a estas instituciones, aun por encima de los fundadores, quienes debían ser en la práctica personas altruistas.

2.2. El Decreto Legislativo N° 882

Sustentado en el malestar arriba anotado y en el expreso deseo del gobierno de impulsar la inversión privada en el sector educativo,⁸ se dictó en noviembre de 1996 el Decreto Legislativo

⁸ El artículo 1º dice textualmente que «La presente Ley establece condiciones y garantías para promover la inversión en servicios educativos, con la finalidad de contribuir a modernizar el sistema educativo y ampliar la oferta y la cobertura».

Nº 882. Este creaba un marco legal que hiciera posible, entre otras novedades, la prestación de servicios educativos con fines de lucro. Cerraba así un largo período de más de cien años en los que se prohibió expresamente que la actividad educativa estuviera movida por el espíritu de ganancia.

El elemento principal del dispositivo legal en mención es la titularidad que se establece sobre la universidad. En efecto, mientras que para la ley de 1983 y para toda la tradición universitaria la universidad era y es una persona jurídica y, en cuanto tal, sujeto de derechos y obligaciones, para la ley de 1996 la universidad deja de ser persona para descomponerse en varias partes que examinaremos enseguida.

En primer lugar, veamos qué sucede con la persona jurídica propiamente dicha. Conforme a la ley de 1996, se supone que los promotores de una universidad deben organizarse bajo cualquiera de las formas que reconocen el derecho común y la ley societaria (artículo 4º), lo cual no contiene diferencia alguna con el régimen tradicional.

Sin embargo, en el artículo 5º se alude a la «persona natural o jurídica propietaria de una Institución Educativa Particular» (IEP), incurriendo en contradicción con el aserto del artículo anterior porque o la IEP es una persona jurídica o no lo es y en este caso se vuelve objeto de derechos como el de propiedad.

De acuerdo al propio texto legal, todo parece indicar que la IEP debe ser objeto de derechos y no sujeto de derechos. El artículo 2º de la misma ley reconoce que «toda persona natural o jurídica tiene el derecho a la libre iniciativa privada, para realizar actividades en la educación», y esto incluye la fundación de IEPs. Sin embargo, el artículo 3º hace explícito «el derecho de estas personas a adquirir y transferir la propiedad sobre las Instituciones Educativas Particulares».

Pudo ser mejor lograda la norma en su redacción si se hubiera referido a la libre transmisibilidad de los derechos de los socios (acciones, participaciones, etc.) de una persona jurídica. Mas como ello no ha sido así, proseguimos el análisis.

La única manera de superar el absurdo de que una persona jurídica sea objeto de derechos es identificando a la universi-

dad con la IEP y no con la persona jurídica, pese a lo que indica textualmente el artículo 4°.

La razón de esta opción estriba en que una persona jurídica de derecho común tiene una organización que no corresponde con la que tiene una universidad y, en la práctica, los promotores ocupan los órganos de gobierno de la persona jurídica y no los de una universidad por motivos que veremos más adelante.

La organización de la IEP —es decir de la universidad—, siendo extraña a la persona jurídica, debe insertarse y amoldarse funcionalmente a la persona jurídica. Este es el camino que han seguido las entidades que se han adecuado al modelo empresarial: *la universidad es una IEP, es decir, una actividad compleja a la que se dedica la empresa o persona jurídica cuyo objeto social es brindar servicio de educación superior.*

De acuerdo con la ley universitaria de 1983, la universidad era y es aún una persona jurídica singular, tanto por su organización y por el servicio público que brinda, como por el régimen legal de autonomía que recibe del Estado debido a la actividad a la que se dedica, esto es, la creación y divulgación del saber superior.

Esta concepción ha desaparecido en la ley de 1996. Si bien la organización prevista en la ley antigua es hoy criticada por reglamentarista, se trata de una estructura coherente con su propósito de establecer el autogobierno de la institución. En el caso de las IEP la autonomía universitaria tendría que recaer sobre la persona jurídica y sus propietarios antes que sobre los universitarios, porque son ellos los responsables del proyecto educativo en tanto titulares de la IEP.

Así, la ley genera un despropósito porque la autonomía universitaria ha sido proclamada respecto de todo poder político o económico.⁹ Una universidad regida por un poder distinto al de su claustro académico no es en estricto autónoma. Este tema

⁹ El documento internacional que mejor recoge este principio es la Carta Magna de las Universidades Europeas, aprobada en 1988, que contiene este aserto: abrirse a las necesidades del mundo contemporáneo exige disponer, para su esfuerzo docente e investigador, de una independencia moral y científica frente a cualquier poder político y económico.

fundamental de la universidad, su autonomía, debe ser objeto de un replanteamiento de cara a la nueva situación jurídica, política y económica y a ello dedicaremos el tercer acápite de esta entrega.

Un segundo aspecto que se deriva de esta todavía nueva ley y sobre el que debe insistirse es lo que significa la IEP, dado que no es propiamente una persona jurídica.

Al parecer, se trata de una actividad o giro comercial al que puede dedicarse una empresa de servicios organizada con ánimo de lucro, o sin fin de lucro, y luego de obtener la autorización de funcionamiento correspondiente. Esa actividad es revestida de institucionalidad por la ley, apelando al eufemismo «institución educativa particular».

Es sobre esta actividad compleja que recaen los lineamientos que dicta el Estado, tanto en lo que respecta a los contenidos educativos como a los requisitos mínimos de organización. En otros términos, la actividad educativa superior deberá sujetarse a ciertas reglas mínimas, pero éstas no afectan a la empresa propietaria de la universidad sino a su actividad.

Así, mientras que para la ley de 1983 una grave violación de las normas legales podía acarrear hasta la supresión de la universidad, con la consiguiente liquidación y extinción de la persona jurídica, para la ley de 1996 esa misma irregularidad traerá como consecuencia que se suspenda la actividad sin que se afecte a la persona jurídica ni el patrimonio que pueda haber destinado al propósito educativo.

En este orden de cosas, un tercer aspecto a resaltar se deriva de lo dicho. Si la personalidad jurídica deja de ser un atributo de la universidad, los elementos que la identifican —por ejemplo, el nombre— se convierten en un mero signo distintivo, un nombre comercial susceptible de merecer la protección del derecho de marcas como cualquier otra insignia.

Avanzando en la descripción del modelo universitario de 1996, se advierte como cuarto asunto la libertad que tienen los fundadores para organizar la universidad sin ceñirse a esquemas que, por uniformes, rígidos y hasta desactualizados han merecido críticas. Se trata de esquemas que, sin embargo, han

tenido la ya señalada virtud de recoger un modelo universitario que pone la conducción de la institución en autoridades académicas, y que fija requisitos curriculares mínimos sin los cuales no se puede optar los grados académicos y los títulos profesionales.

En el texto legal de 1996 se guarda silencio sobre los estudios universitarios, por lo que podría pensarse que las universidades podrían ofrecer planes de estudios reducidos en tiempo o, peor aún, en exigencia.

La única referencia al tema la hayamos en el artículo 9º, cuando menciona que las disposiciones internas de cada universidad establecen los diplomas, grados y títulos que otorgarán, así como los requisitos para obtenerlos «con sujeción a las normas en la materia».

Con esta última expresión parece que se está aludiendo a la ley universitaria de 1983, pues es la única que regula la duración de los estudios y fija los requisitos para obtener los grados y títulos. Aunque podría sostenerse, como ya se escucha en algunos predios, que dicha ley no les atañe.

Un esquema de organización libérrimo no es apropiado para un país como el nuestro, donde las instituciones precisan de una estructura definida que las identifique ante la sociedad.

Mas lo grave no reside únicamente en la forma de organización, sino en las garantías de que debe revestirse la función pública que es inherente a la educación y que ahora, en tanto expresión un interés público, debe competir con otros intereses como los económicos.

De acuerdo al interés público, una carrera universitaria debe durar cinco años y alcanzar ciertos estándares de calidad académica. De acuerdo a los propósitos de lucro, podría ser conveniente que este plazo y las exigencias académicas se redujeran sensiblemente, con grave riesgo para la formación del futuro profesional y de la sociedad a la que servirá.

Si bien la ley de 1996 reconoce el derecho de la comunidad universitaria a participar en los aspectos relacionados con el régimen académico, de investigación y de proyección social, exis-

ten muchos elementos que permiten pensar, como quinto aspecto del nuevo modelo, en la desaparición de la citada comunidad universitaria en las universidades de nuevo cuño.

En efecto, los profesores llevan adelante el proyecto decidido por los propietarios para la IEP. Sin embargo, han dejado de tener la responsabilidad de la marcha de la institución porque se han convertido en empleados de la persona jurídica propietaria de la IEP. Además, los profesores con alguna responsabilidad directiva, por ejercer cargos de autoridad, pierden este papel al convertirse en funcionarios o gerentes que deben reportar a los dueños. A su vez los alumnos, al dejar de formar parte de la comunidad académica, se convierten meramente en usuarios o clientes receptores de un servicio educativo.

En un contexto como el que aquí se describe, la educación termina convertida en un instrumento de lucro y los antiguos copartícipes en la tarea académica, profesores y estudiantes, se vuelven personajes antagónicos que asumen el papel de partes contractuales con intereses contrapuestos: unos son los proveedores del servicio, otros son los receptores del mismo, o sea, los clientes.

En suma, en el mejor de los casos, estamos ante «otra universidad». Este modelo, cuestionado y defendido internacionalmente, debe ser tomado como una señal de alerta para evitar que las universidades tradicionales caigan en esquemas contraproducentes.

Si todo lo descrito revela que una universidad bajo este marco legal no puede disfrutar realmente de autonomía universitaria, que es una garantía constitucionalmente sancionada, entonces estamos ante un defecto estructural que puede dar lugar a reclamos desde la sociedad civil. La estrategia no debiera ser otra que la de las *acciones de interés público*.

El siguiente apartado explorará la circunstancia social en la que se desenvolvería esta estrategia, así como los elementos sustantivos que podrían ser encauzados mediante dichas acciones.

3. La universidad de cara al siglo XXI: el interés público por proteger

Hace tres años, en otro texto nuestro,¹⁰ anotábamos cómo la nueva circunstancia social —que seguimos llamando Sociedad de la Información o Sociedad Globalizada, en clara alusión a dos facetas de una misma realidad—, debía dar lugar a un nuevo concepto de la autonomía universitaria.

Las bases para ello estaban y están en:

1. el proceso de internacionalización de las relaciones sociales, que borra no solo las fronteras estatales sino también los límites entre lo público y lo privado;
2. la preeminencia de lo eficiente y eficaz en términos económicos, lo cual confiere mayor valor a la función con prescindencia de los contenidos y los fines;
3. el valor instrumental del conocimiento, que termina por otorgar mayor importancia a la información en desmedro del aquel conocimiento que aproxima al saber.

Con este nuevo escenario por delante, la universidad debía y debe reconsiderar su papel y por ende el valor de la autonomía universitaria. En este esfuerzo creemos que las acciones de interés público pueden ser un espacio útil, según veremos enseguida, sea para preservar los derechos de la institución universitaria, sea para cautelar los derechos de profesores y estudiantes cuando se deriven de su actividad académica. De esta forma se podrá ampliar la esfera de actuación de las acciones de interés público y la universidad habrá ganado un aliado importante.

Si la universidad del siglo XX reclamó y defendió su autonomía, no lo hizo para pretender un ámbito de extraterritorialidad, como algunos así alegaron, sino para disponer de libertad suficiente frente al poder político para crear conocimiento y transmitirlo abiertamente. Es decir, sin otro compromiso que

¹⁰ ORTIZ CABALLERO, René. *Universidad y modernización en el Perú del siglo XX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, cap. III.

con el propio avance de la ciencia y con la legítima expectativa de la colectividad de beneficiarse del conocimiento que fomenta al dar cabida precisamente a las universidades.

Este vínculo moral, cuyos orígenes son consustanciales con los del ser humano y pueden rastrearse hasta en antiguos textos bíblicos cuando citan el mandato divino de «llenar la tierra y someterla»,¹¹ debe preservarse de cara a la señalada nueva circunstancia social. No solo no existen razones para abandonar la autonomía universitaria, sino que ella aparece como una necesidad si el señalado nuevo escenario social trae nuevos peligros para el ser y la misión de la universidad que la obligan a redefinir su espacio y su papel.

3.1. La nueva problemática de la autonomía universitaria

El primer elemento a favor de la autonomía universitaria es el clima de libertad que se predica en la sociedad postmoderna y que se extiende a las instituciones, las que deben gozar de independencia como requisito para alcanzar sus objetivos eficiente y eficazmente. Es decir, sin ceñirse a otras reglas que no sean las que aconseje la funcionalidad de la empresa para lograr el éxito económico. Esta es la meta y a ese criterio responden las universidades de nuevo cuño, amparadas en el Decreto Legislativo N° 882 que hemos descrito en el acápite anterior.

Evidentemente, la libertad es un punto de partida importante pero no en el sentido que acabamos de enunciar.

Un segundo elemento es la nueva naturaleza del conocimiento. Instrumental y relativo, su dominio está cada vez menos en manos universitarias y más en instituciones empresariales que lo emplean con fines lucrativos preponderantemente. ¿Qué posición debe ocupar la universidad, en uso de su autonomía, como generadora de conocimiento? ¿Qué debe hacer la universidad con ese conocimiento? ¿Debe ponerlo a la venta, reservándolo con carácter exclusivo para quien pueda pagar su precio?

¹¹ Génesis 1, 28.

Un tercer tema es el concerniente al gobierno de la institución. ¿Cuánta independencia puede o debe conservar el claustro académico para el cumplimiento de su misión respecto de los propietarios de las universidades y de cualquier otro poder económico que esté involucrado con la universidad? Todo parece indicar que los profesores de las universidades empresariales deben acatar las indicaciones de los propietarios en todos los aspectos de su actividad académica, incluyendo la temática de su curso, lo cual obliga a revisar los alcances de la tradicional libertad de cátedra

Una cuarta gama de temas atañe al papel social y político que debiera desempeñar la universidad. A este respecto, dejamos enumeradas sobre el tapete, a manera de ejemplo, las funciones contemporáneas de las universidades que registrara un documento del programa de cooperación entre universidades europeas y latinoamericanas, *Columbus*, promovido por la Asociación de Universidades Europeas y la Asociación de Universidades de América Latina:

1. Proveer de una educación general post-secundaria, de un tipo que rete y desarrolle las capacidades de los grupos más aptos de egresados y, en algunos países, a través de la educación continua y extramuros para adultos.
2. Llevar a cabo investigación, usualmente con un énfasis de valor en investigación básica.
3. Colaborar en las necesidades de formación de recursos humanos de la «sociedad de expertos».
4. Proveer de educación y entrenamiento especializados de alto nivel, usualmente ofrecidos en el nivel de postgrado.
5. Fortalecer la competitividad de la economía a través de las funciones de investigación, educación y entrenamiento.
6. Actuar como mecanismo de selección para aquellos que buscarán empleos de alto nivel en el servicio público, en la industria, el comercio y en una gran variedad de profesiones.
7. Proporcionar un canal de movilidad social a los hijos e hijas de las familias de la clase trabajadora.
8. Ofrecer una variedad de servicios a su región y comunidad más cercana.

9. Actuar como ejemplos de políticas nacionales, tales como el ofrecer igualdad de oportunidades para las mujeres y para las minorías raciales, la eliminación del racismo y el sexismo, y el nutrir aquellos valores que están implicados en la transmisión de una cultura común y de estándares comunes de ciudadanía.
10. Preparar hombres y mujeres para su desempeño en papeles de liderazgo en la sociedad y para ocupar posiciones de influencia en la vida pública, en las profesiones y en el empleo industrial y comercial.¹²

Es claro que actuar como mecanismo de selección de los más capaces, formar líderes, servir como canal de movilidad social, reproducir políticas nacionales al interior del *campus*, así como brindar servicios en general a la comunidad y a la región son algunas de las líneas en las que más claramente puede apreciarse las diversas funciones que pueden asignar la sociedad y el Estado a las instituciones de educación superior. Mirando a cada una de ellas, la universidad debe delimitar su ámbito de autonomía para tener conciencia de su misión.

Finalmente, un quinto grupo de puntos que guardan relación con la autonomía universitaria lo constituye la agenda de temas recogida en el texto *La Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y acción. Documento de Trabajo*, elaborado con ocasión de la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior, realizada en París en octubre de 1998.

Siguiendo los diez principios axiológicos que fundamentan la visión universal de la educación superior en el siglo XXI, encontraremos varios que reclaman reformas estructurales en países pobres como el nuestro. Pero también otros tantos que, por su trascendencia y por la posibilidad de su pronta consecución, podrían ser claramente respaldados con acciones de interés público:

¹² Cf. FERMOSO, Julio y MALO, Salvador. *Más allá de la autonomía*. París: CRE-COLUMBUS-UNESCO, 1996, p. 82.

1. Acceso universal para todos los que tienen las capacidades, la motivación (acceso y mérito) y la preparación adecuada en cualquier etapa de la vida.
2. Utilización de formas variadas de intervención para atender las necesidades de educación para todos y a lo largo de toda la vida.
3. Vocación no solo de enseñar sino también de educar.
4. Misión de vigilancia y estímulo.
5. Función ética de orientación en períodos de crisis de valores.
6. Desarrollo de una cultura de paz a través de todas sus actividades.
7. Desarrollo de redes de solidaridad universal con otras instituciones de educación superior y con otras instituciones de la sociedad.
8. Desarrollo de un modo de gestión basado en el doble principio de la autonomía responsable y la transparencia a la hora de rendir cuentas.
9. Voluntad de explicitar los niveles de calidad y de pertinencia más allá de los niveles concretos en determinados contextos.
10. Tener como principio axiológico último y aglutinador de todos los demás, trabajar por la unidad de los hombres y mujeres en la diferencia y complementariedad solidarias.

Con base en los tres primeros temas y en las dos relaciones precedentes, arriesgaremos una nueva definición de autonomía universitaria y, al mismo tiempo, un renovado ámbito para el ejercicio de las acciones de interés público como veremos enseguida.

3.2. La autonomía universitaria en la perspectiva de las acciones de interés público

Las acciones de interés público, su nombre así lo anticipa, necesitan del carácter público para adquirir un sentido. En el contexto actual de crisis de las ideologías —y por tanto de la pos-

tergación de los discursos fundantes—, todo lo que pareciera público: o está reñido por socialista y decadente; o carece de contenido o significado porque los referentes de la modernidad lograron su objetivo de enaltecer al individuo y proscribir lo público por el riesgo que conlleva reconocer un valor superior a la persona.

Sin embargo, el curso del conflicto que conocimos como la «guerra fría» condujo a que esta ideología individualista fuera la única, de modo que perdiera paradójicamente su carácter ideológico (visión parcial o particular de la realidad) para convertirse en el único discurso capaz de explicar el mundo y al hombre en él.

Se supone que en un mundo dominado por una visión individualista no tendría cabida lo público. No obstante ello, muchos aspectos de claro interés público han aparecido en su seno. Los propios defensores del sistema de mercado, del que se deriva la política de defensa del consumidor, han reconocido la necesidad de mecanismos reguladores desde el Estado como una responsabilidad que no puede estar en manos de particulares sino que es de interés público. Otro tema es el de la protección del medio ambiente, cuya explotación bajo criterios privatistas está poniendo en riesgo la calidad de vida en el planeta.

A estos dos ejemplos se suman desde otra perspectiva los derechos fundamentales cuya universalidad resalta su carácter público. Todos ellos comparten una misma naturaleza, cual es la de interesar a todos en general y la de no poder ser administrados bajo criterios privados.

Esta misma percepción tenemos respecto de lo que le sucede al conocimiento y a los conocimientos, así como lo que se decida respecto del modo de encaminar la formación de humanistas, científicos y profesionales. En este caso no se trata de objetos sociales intercambiables con otros, ni de meras preocupaciones que deba enfrentar y resolver cada uno de nosotros por sí mismo.

El papel de la información y del conocimiento nunca fue un tema de particulares. Con menor razón ahora que tiene un carácter marcadamente científico-tecnológico, capaz de modificar

a la persona y a su entorno y, por tanto, tiene implicancias éticas ineludibles: están en juego el ser humano y su destino.

Si el asunto de la información y el conocimiento quedara exclusivamente en manos de los particulares, su difusión, aplicación, impacto social, efectos y consecuencias estarían supeditados a intereses privados. Por lo tanto, a pesar que nos interesa y atañe, no estarían dispuestos en favor de todos.

Demás está señalar que la responsabilidad por las consecuencias de un uso imprudente de los mismos no tendría solución en un contexto privado. Ningún sistema de seguros podría hacer frente a una hecatombe.

Si la universidad ha sido tradicionalmente depositaria del saber y formadora de profesionales, la hora presente le reclama una presencia mayor. Debe producir más y mejores conocimientos e innovaciones, al tiempo que brinde más y mejor preparación científica y técnica,¹³ no simplemente porque esto sea también un mandato legal sino porque importa un interés público.

En este sentido, es importante resaltar que el ser y la trascendencia de las universidades occidentales han sido puntualmente definidos en la Carta Magna de las Universidades Europeas,¹⁴ a la cual se han adherido muchas universidades de nuestro continente. En este documento, suscrito el 18 de septiembre de 1988, se sustenta:

Que el porvenir de la humanidad, al finalizar este milenio, depende en gran medida del desarrollo cultural, científico y técnico, que se forja en los centros de cultura, conocimiento e investigación en que se han convertido las auténticas universidades.

Ante tal responsabilidad, se establece como principio fundamental de la universidad lo siguiente:

¹³ Cf. KAPLAN, Marcos. *La Educación Superior Mexicana y los Retos del Siglo XXI*. México D.F.: ANUIES, 1989, p. 44.

¹⁴ El texto de la Magna Charta apareció publicado en *Sinopsis. Boletín de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima, Año 8, N° 13, 1988, pp. 2 y 3.

La universidad —en el seno de sociedades organizadas de forma diversa debido a las condiciones geográficas y a la influencia de la historia— es una institución autónoma que, de manera crítica, produce y transmite la cultura por medio de la investigación y de la enseñanza.

Abrirse a las necesidades del mundo contemporáneo exige disponer, para su esfuerzo docente e investigador, de una independencia moral y científica frente a cualquier poder político y económico.

De las citas se advierte que las prescripciones legales sobre los fines universitarios no son fruto del arbitrio legislativo, sino el reconocimiento del ser de las universidades y de la importancia de la misión social que cumplen. Sin autonomía, las universidades dejarán de interesarse por la humanidad y su porvenir, vistos globalmente, y se circunscribirán a los objetos sociales de las empresas. Por ello, es ineludible forjar una nueva identidad de la autonomía universitaria para que sea el objeto de las acciones de interés público.

El punto de partida es la señalada libertad como valor de la hora presente. La autonomía es una especie de libertad que aparece delimitada por normas de distinta naturaleza, aunque en el caso de la autonomía universitaria han sido siempre normas estatales en los últimos cien años. Es un espacio de libertad destinado a hacer ciencia y difundirla. No es otro el sentido de esta libertad.

El segundo aspecto, el conocimiento, es de crucial importancia porque pone a la universidad, o debiera ponerla, en una posición política preeminente debido al mayor valor que en todo orden de cosas adquiere en esta así llamada tercera revolución científico tecnológica o post industrial.¹⁵

La universidad no puede desconocer este fenómeno y más bien debe subrayar su papel administrador del conocimiento, justamente ante las apetencias de orden político y ahora también de orden económico que, en lugar de preservar el interés

¹⁵ Cf. KAPLAN, Marcos. *Revolución tecnológica, Estado y Derecho*. México D.F.: UNAM, 1993, tomos I y IV.

público, miran con voracidad egoísta los frutos del conocimiento. Cabe reclamar autonomía para este propósito perfectamente dentro de una acción de interés público.

Así, pues, considerando esta nueva circunstancia, para seguir haciendo ciencia la universidad debe defender su autonomía frente a esos apetitos, más allá de la eficiencia y eficacia, porque ha sido bajo los criterios de originalidad, erudición y rigurosidad —los que caracterizan tradicionalmente a una tesis— que se han escondido la eficiencia y la eficacia universitarias. De lo contrario, no habrían habido resultados ni novedades científicas, tampoco aplicaciones prácticas cada vez menos onerosas.

Defender la autonomía universitaria es hoy proteger la capacidad formadora de la sociedad a través de las universidades, que no puede darse sino mediante una singularísima actividad compartida por profesores y estudiantes:

No hay modo de que avancemos solos los maestros: la ciencia supone enseñanza y aprendizaje simultáneo de profesores y estudiantes. Esa es la tradición que tenemos que salvar y robustecer. El muchacho no viene a que le demos instrucciones sino a recibir formación (es decir, experiencias de vida, modelos de actuación, modos diversos de problematizar el conocimiento, testimonios de nuestra propia curiosidad y nuestra personal ignorancia). La educación universitaria no impone ni traslada conocimientos sino que estimula la curiosidad y aviva el aprendizaje para provocar, de ese modo, el riesgo y la aventura del conocimiento. El conocimiento es la gran aventura creadora de la inteligencia. Por eso podemos hablar de «formación».¹⁶

Esa actividad formadora exige de métodos de trabajo. Pero como refiere el maestro Cisneros en el mismo discurso, las propias metodologías, con lo severas que aparecen, no pueden dejar de acusar violaciones a sus normas por parte de los propios universitarios. Y es que la actividad innovadora en la universidad debe poner en cuestión incluso el método que se emplea si pretende avanzar.

¹⁶ CISNEROS, Luis Jaime, *Universidad: Reto para el Siglo XXI. Lección Inaugural del Año Académico 1994*. Lima: PUCP, 1994, p. 15.

La novedad de la sociedad de la información respecto de la naturaleza del conocimiento no es tal en los genuinos ambientes universitarios. En los tiempos postmodernos, el conocimiento tendrá ya no solo un valor de uso sino un valor de cambio y, además, estructurará las instituciones y empresas tanto en su organización como políticamente.

De ambos aspectos, el último no es extraño a la universidad, una institución que siempre ha estado estructurada en función del conocimiento. El primero, en cambio, sí merece una atención particular porque ahora la universidad deberá tomar conciencia de que el conocimiento adquiere un carácter privado al asignársele un valor de cambio. Mientras conservaba el valor de uso, era evidente su naturaleza pública. Sin embargo, con las actuales estrecheces económicas, que alcanzan también a las universidades, se espera que el valor de cambio añada al valor de uso un remanente útil para proseguir en la tarea innovadora.

La cuestión no resuelta es la del papel del conocimiento en este nuevo escenario. No se puede negar el valor de cambio que en potencia ha tenido el conocimiento. Lo que sí recusamos es que se oculte el valor de uso del cual, bien visto, nunca podrá desprenderse incluso en el caso del conocimiento teórico o puro. Señalarle exclusivamente valor de cambio no será consecuentemente ético porque es un aserto falso y perjudicial para quienes lo necesiten por su utilidad y no puedan tenerlo por no poder pagar el precio. Afortunadamente, la generación de conocimiento depende, todavía hoy, más de convenios no lucrativos que de contratos con prestaciones recíprocas por la magnitud de las inversiones y por su relativa utilidad inmediata.

Quienes destinan fondos a investigación y desarrollo, son conscientes de ello y no le reclaman resultados utilitarios a la universidad. Sí le exigen que los recursos sean correctamente empleados y que la institución se someta voluntariamente al examen *post facto* del destino de los fondos y de los resultados obtenidos («*accountability*»). Sin embargo de todas estas caute- las, no deberá extrañarnos que en el futuro surjan disputas sobre el tema. La forma jurídica de abordarlos, defendiendo la

causa universitaria comprenderá en nuestro concepto a las acciones de interés público.

Ahora bien, pasando a un ámbito delicado, educar en libertad demanda que la institución sea libre y ello comprende al gobierno institucional. Este debe nacer de los propios universitarios para que no se entrecrucen los intereses ajenos tanto a la ciencia como a la formación en la ciencia. Directivas políticas o económicas son parte del diario vivir, inclusive de la universidad, pero no le dan el sentido pleno que la propia ciencia y la realidad demandan. Por ello, estimo de interés público que se preserve el gobierno autónomo no solo en la universidad pública o estatal sino también en la privada.

Por tanto, siendo coherentes, las proposiciones precedentes nos conducen a sostener la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 882, en cuanto postula un modelo universitario que vulnera la autonomía universitaria consagrada en el artículo 18° de la Constitución de 1993.

El fundamento principal de la denuncia reposa en la señalada autonomía universitaria. Ella solo puede tener un titular, a riesgo de incurrir en una contradicción, y ese es la comunidad universitaria. La universidad solo puede tener una clase de propietario y esa es la comunidad universitaria.

Las iniciativas distintas que conocemos proclaman haber roto el paradigma descrito. Los hechos son innegables. Sería poco científico negar la existencia y viabilidad de esas empresas universitarias. Aun cuando responden a intereses lucrativos declarados, abrigamos la esperanza de que su labor se ajuste cada vez más al modelo universitario que dicen haber superado sin contar todavía con graduados que lo acrediten. Solo reproduciendo la actividad formadora en libertad podrán alcanzar algunos resultados lucrativos que esperan, pero no en los plazos que la rentabilidad demanda.

Una universidad del nuevo siglo deberá hacer frente al escepticismo de jóvenes carentes de utopías o ideologías pero desbordados por un caudal de información que no brinda respiro. También deberá hacer frente a la demanda por una cien-

cia aplicada cada vez más cercana a las necesidades de la actividad empresarial.

Ni lo uno ni lo otro harán fácil la labor formativa de la universidad. Más bien pondrán en entredicho su ser y su autonomía. Sin embargo, creemos que cuando se pretendan rebasar los límites que fije autónomamente la universidad acerca de su actividad académica, los correctivos pueden encaminarse a través de las acciones de interés público.

No perdamos de vista que varias de las señaladas funciones sociales que se le atribuye a la institución universitaria —actuar como mecanismo de selección de los más capaces, formar líderes, servir como canal de movilidad social, reproducir políticas nacionales al interior del *campus*, así como brindar servicios en general a la comunidad y a la región—, pueden ser considerados como derechos de la comunidad universitaria, cuya defensa por medio de las acciones de interés público podrá ser sustentada.

En los diez principios axiológicos contenidos en la declaración de París de octubre de 1998, las acciones de interés público encontrarán respaldo abundante para la defensa de pretensiones concretas de profesores y estudiantes, así como cuando se trate de agravios contra la propia institución.

El consenso legitimante de nivel internacional que les ha dado existencia les otorga una autoridad que no podrá ser contestada sino con normas positivas, fruto del poder arbitrario. Debiéramos atrevernos a decir que se está desarrollando, en normas algo más específicas, el derecho humano a la educación superior. Si esto es así, las acciones de interés público encontrarán este terreno universitario como un espacio de natural desarrollo.

No es fortuito, por lo demás, que el redescubrimiento de lo público a través de las acciones de interés público tenga su hábitat original en los campos universitarios latinoamericanos. Sin embargo, no concluyo de ello que se circunscriba al mundo latino, toca a todos...

Así, hace algunos años, aludiendo a los académicos británicos y a la universidad inglesa, se sostuvo en una ocasión ante

el parlamento inglés que «la libertad, conforme a derecho, de cuestionar y examinar el saber recibido, de postular ideas nuevas y opiniones controvertidas o impopulares sin ponerse en peligro de perder sus puestos o sus privilegios debe ser posible en sus instituciones».¹⁷ He ahí el reto.

¹⁷ THORENS, Justin, «Proposal for an International Declaration on Academic Freedom and University Autonomy». En NEAVE, Guy (ed.), *The Universities' Responsibilities to Society: international perspectives* (Oxford: IAU y Elsevier Science Ltd., 2000), p. 281, traducción libre.

INTERÉS PÚBLICO, DERECHO PENAL Y PODER DE POLICÍA

CARLOS CARO*

1. Planteamiento
2. Relevancia penal de la perspectiva del interés público
 - 2.1. Generalidades
 - 2.2. Función del Derecho Penal en la defensa del interés público
 - 2.3. Interés público y fundamentos constitucionales de la interpretación penal
3. Acciones de interés público frente a la actividad policial
 - 3.1. Administrativización del poder policial penal
 - 3.2. Funciones policiales vinculadas al orden interno
 - 3.3. Coerción policial y criminalización secundaria
 - 3.4. Limitación de derechos de los miembros policiales
 - 3.5. Sometimiento a la jurisdicción militar
4. Hacia una reforma integral de la Policía Nacional

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano.

1. Planteamiento

La perspectiva de análisis desde el interés público ha venido adquiriendo mayor relevancia en los últimos años, especialmente en el terreno de la defensa de los derechos fundamentales,¹ que son los que precisamente se encuentran en permanente contacto con la actividad de las Fuerzas Policiales. No solo en el sentido de que a éstas corresponde la tutela de tales derechos, sino también teniendo presente que en sociedades como la nuestra, con graves problemas de democratización y salvaguarda de la legalidad, es la propia policía la que se convierte muchas veces en un instrumento lesivo de esos derechos fundamentales.

La ausencia de estudios criminológicos en torno a la operatividad del subsistema policial es el lugar común en Latinoamérica. En el Perú, el trabajo monográfico más actual, a cargo de Vegas Torres, tiene más de una década.² Después de éste solo hay referencias generales en las publicaciones de criminología³ o estudios específicos sobre la actividad policial en determinados ámbitos, como el Derecho Penal sexual, la seguridad ciudadana o los derechos humanos.

Este olvido puede considerarse consciente hasta cierto punto en nuestro medio. Eso de algún modo está reflejado en las monografías de Derecho Procesal Penal, que centran el análisis del proceso criminal sobre todo en la etapa judicial, con referencias menores al poder de investigación que corresponde al Ministe-

¹ Sobre los fundamentos de este concepto en la dogmática constitucional contemporánea ver HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, especialmente p. 348 y ss.

² VEGAS TORRES, José Martín. *Fuerzas Policiales, Sociedad y Constitución*. Lima: IDL, 1990.

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la criminología*. Lima: Grijley, 1997, pp. 191-195.

rio Público y menos todavía en relación con el poder jurídico y fáctico de la policía.⁴

En todo caso, ese vacío doctrinal no puede reputarse casual si se tiene en cuenta la falta de transparencia en la conducción del instituto policial en la década de 1990 a 2000. En ese, periodo no solo se han registrado los más graves escándalos de corrupción pública, a los que no ha sido ajena la Policía Nacional, sino también un preocupante fenómeno de acumulación de poder en las instituciones armadas y policiales, lo que ha determinado una casi nula fiscalización en este ámbito del Poder Ejecutivo por parte de los poderes Legislativo y Judicial. En un clima de expansiva arbitrariedad como el de la pasada década, los espacios de control ciudadano de la actividad policial tampoco pudieron desarrollarse.

La ruptura del régimen fujimorista, a fines del 2000, dio paso a la denominada transición política, que duró hasta julio de 2001. Durante ésta no se ha observado la remoción de las grandes causas que nos impiden contar con un subsistema policial acorde con los presupuestos básicos del Estado de Derecho. Ello bien podría deberse al poco tiempo del gobierno de Paniagua. Pero sobre todo a la ausencia de un programa de democratización y reforma de la Policía Nacional, que debería planear e implementar el nuevo gobierno elegido para el periodo 2001-2006, como ha anunciado el actual Presidente en el discurso inaugural de Fiestas Patrias.

A la consecución de un objetivo de semejante magnitud no solo deberán contribuir las diversas instituciones públicas, sino también la ciudadanía en general, terreno en el que cobra relevancia la perspectiva del interés público. La presente contribución se orienta por ello a poner de relieve los fundamentos democráticos de la función policial y los problemas de la práctica policial a tomar en cuenta en la adopción de acciones de interés

⁴ Ver, por ejemplo, SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Vols. I y II. Lima: Grijley, 1999, sobre todo vol. I, pp. 350-355. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. 3ª ed. Lima: Palestra, 1998, especialmente pp. 131-138.

público. Para esto se analizará previamente la relevancia de la perspectiva del interés público en el Derecho Penal, más concretamente en la interpretación del Derecho Penal.

2. Relevancia penal de la perspectiva del interés público

2.1. Generalidades

La orientación que ofrece el interés público como premisa común de análisis jurídico-político, ha permitido la realización de una serie de estudios orientados a fomentar la participación ciudadana o de la comunidad en aquellos espacios de interés general.⁵

En esa línea de ideas, lo público no se concibe como un interés de competencia exclusiva del Estado, sino como aquello que interesa a la sociedad en su conjunto o a segmentos significativos de la misma, que no pueden soslayarse sin riesgo de detrimento para el todo social. En esta concepción la noción de ciudadanía se observa como la facultad efectiva de reclamar, ver tutelados y ejercitar todos los derechos que el sistema nacional e internacional reconoce y que pueden verse afectados en cualesquiera de las dimensiones de la vida social.⁶

Como precisa Gonzales Mantilla, el interés público permite un distanciamiento de la visión tradicional de lo jurídico, abriendo la posibilidad de promover acciones de grupo, redefiniciones procesales, la posibilidad de ensayar nuevas formas de aproximación a temas y problemas que antes solo tenían respuesta desde la visión del interés privado.⁷

⁵ Ver por ejemplo los citados en *Es de Interés Público. Boletín de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la PUCP*, N° 2, Lima, 2001, pp. 2-7.

⁶ VIVEROS, Felipe. «La participación ciudadana en acciones de interés público». En GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Ciudadanía e Interés Público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1998, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 8, p. 159.

⁷ GONZALES MANTILLA, Gorki. «Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción». En *Rompiendo la indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Santiago de Chile: Fundación Ford, 2000, p. 51.

Más concretamente, «"lo público" se puede definir como el espacio en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidad compartida. Se trata de un procedimiento deliberativo que permite confrontar y articular las distintas visiones de la ciudadanía en torno a tópicos que atañen al conjunto. Asuntos que, en términos generales, hacen referencia a las instituciones y valores de la comunidad: la definición de las reglas del sistema político y los derechos; los criterios para la asignación de cargas y beneficios; o la determinación de principios que regirán los mecanismos de solución de conflictos (...) "lo público" lleva consigo un valor estratégico pues está destinado a orientar la labor de los gobernantes para modelar el sistema jurídico-político. Lo público se convierte así en una "instancia de mediación" entre la sociedad civil y el Estado. (...) reconocer el desarrollo de "lo público" (...), es vital para la existencia y el fortalecimiento de las instituciones político jurídicas, central para el desarrollo de una democracia participativa y pluralista y necesario para dotar de legitimidad al poder del Estado».⁸

Como puede observarse, mediante el enfoque del interés público se concuerda en exhibir las concretas formas de participación ciudadana en la consolidación o reivindicación de aquellos valores esenciales para el sistema democrático, dentro del que se incardinan intereses aparentemente disímiles pero unidos por el común denominador de que requieren de la intervención de la sociedad civil para su mantenimiento y actualización.

Los estudios sobre la materia han identificado diversos espacios para las llamadas acciones de interés público, entre ellos la discriminación de género, la defensa del ambiente natural, la protección de los intereses de los consumidores, la participación electoral, la administración de justicia o el rol de la policía.

⁸ *Ib.*, p. 43.

2.2. Función del Derecho Penal en la defensa del interés público

La misión del Derecho Penal para la vigencia del interés público prácticamente no ha sido tratada por la dogmática penal y procesal penal. En rigor no es posible establecer una identidad entre el concepto de interés público, creado desde una perspectiva jurídico-política, y el de bien jurídico-penal instaurado como límite del poder punitivo estatal.⁹ Ni siquiera, a la luz de lo expresado anteriormente, lo *público* del interés permite acercarnos al concepto de bien jurídico colectivo o supraindividual¹⁰ en contraposición a los llamados bienes individuales o microsociales. Es más, la no identidad entre lo *público* y lo estatal, impide entender el interés público desde la noción penal de los bienes jurídicos institucionales y de control.¹¹

En el terreno procesal penal se ha pensado y proyectado la instauración de mecanismos para la defensa de los intereses de grupo,¹² tomando como punto de referencia los desarrollos en el sistema anglosajón de la *class action* o de la *Verbandklage* del derecho alemán.¹³

Empero, en tanto al Ministerio Público compete la defensa de los «intereses públicos tutelados por el derecho» y la representación de la sociedad en los procesos judiciales, conforme a los numerales 1 y 3 respectivamente del artículo 159º de la Constitución, parecerían escuetas las posibilidades de un desarrollo procesal penal más intenso en la defensa del interés público.

⁹ CARO CORIA, Carlos. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs». *Thémis: Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 35, 1997, pp. 137 y ss.

¹⁰ CARO CORIA, Carlos. «"Sociedades de riesgo" y bienes jurídicos colectivos». *Thémis: Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 37, 1998, pp. 195 y ss.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1986, p. 7.

¹² Ver BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 211 y ss.

¹³ SAN MARTÍN CASTRO, César. «Delito socioeconómico y proceso penal: El Derecho Procesal Penal Económico». *Advocatus*, N° 4, 2001, p. 287.

En todo caso, no es posible considerar la perspectiva del interés público como un recurso técnico o constitutiva de una dogmática penal, con un objeto y método de estudio homogéneo, sino quizás solo como una forma común de interpretar la realidad social, desde diversas disciplinas, en orden a identificar y superar las formas de afectación del interés colectivo o general.

En todo caso, si se parte de la premisa de que el Derecho Penal puede ofrecer posibilidades para la defensa del interés público, aunque limitadas y no específicas, podrían adoptarse diferentes posturas frente a la utilidad del Derecho Penal en la reivindicación del interés público. De esa forma, se pueden bajar planteamientos que van desde la utilización radical, instrumental o promocional de las sanciones penales, hasta la renuncia a este mecanismo en situaciones concretas.

Por una parte puede verse al Derecho Penal como medio idóneo para superar las manifestaciones más graves contra el interés público. En tal virtud, por ejemplo, se ha llegado a plantear reformas penales para agravar las sanciones de los delitos de corrupción, especialmente ante los hechos del gobierno de 1990 a 2000, aun más allá de la «responsabilidad por el hecho» y al margen de la prohibición de exceso que fundamenta el principio de proporcionalidad. A esta línea de política criminal, demasiado esperanzada en la meta preventivo-general de la pena, no solo cabe oponer el sentido material de los principios limitadores del *ius puniendi*, sino también consideraciones de eficacia.

En esa perspectiva, hoy se considera zanjado que un desmedido afán protector por parte del legislador no equivale a una mayor protección de los bienes jurídicos. Sobre todo cuando no viene acompañado de la instauración de medidas de política social encaminadas a promover la vigencia de tales bienes. En tal contexto, ni siquiera quedaría garantizada la satisfacción de objetivos pedagógicos a través de la sobrecriminalización.

El planteamiento contrario, consistente en la renuncia definitiva a los medios penales, por ejemplo, en la tarea promotora de la igualdad real entre hombres y mujeres deriva en los fundamentos del abolicionismo penal. Parte de los postulados de

la criminología crítica o radical, que considera al sistema penal como un medio de reproducción de la desigualdad social e ineficaz en la resolución de los conflictos.¹⁴ Ello, en el terreno de la violencia contra las mujeres, con el agravante de que un medio de control netamente patriarcal, como el instaurado para el ejercicio del *ius puniendi*, sería en sí mismo incapaz de atender las necesidades de esas mujeres.

Frente a estas consideraciones se han opuesto las críticas generales contra el pensamiento abolicionista,¹⁵ especialmente las relativas a su viabilidad en un contexto de expansión del Derecho Penal y la justificación poco satisfactoria de una renuncia a la prevención general frente a delitos violentos contra bienes jurídicos personalísimos y fundamentales.

En todo caso, este planteamiento merece una valoración positiva si se observa como una estrategia limitadora de la intervención penal. Pero no debe perderse de vista que una contracción racional del poder penal no puede depender de la coyuntura o del estado de ánimo de las agencias de control penal, ni aún de la propia víctima. No parece compatible una intervención penal vista como una carta bajo la manga, con la pretensión de erigir un *ius puniendi* acorde con los principios de lesividad, legalidad, etc. Obvio es decirlo, pero un Derecho Penal acorde con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, es precisamente lo contrario a un control librado a la coyuntura, sea en el plano legislativo, procesal o durante la ejecución penitenciaria.

También puede sostenerse el recurso simbólico al Derecho Penal. Es decir, como un instrumento capaz de contribuir a la consolidación, por ejemplo, de una conciencia de moralidad frente a la corrupción pública o una conciencia ambiental ante la contaminación.

¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la criminología*. L. cit., pp. 99 y ss.

¹⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «El abolicionismo en América Latina». *Derecho & Sociedad*, N° 10, 1995, pp. 280 y ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 20 y ss. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Aproximación al pensamiento abolicionista». Comunicación presentada a la 7ª Conferencia Internacional de Abolicionismo Penal. Barcelona 1995, pp. 1 y ss.

En esa perspectiva, se trataría de utilizar concientemente el potencial simbólico del Derecho Penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones sociales.

Antes bien, es bastante dudosa la pretensión de justificar una injerencia penal con funciones simbólicas, ante todo por razones de legitimidad. Si se acepta que a este sector del ordenamiento jurídico no le compete la satisfacción de funciones pedagógicas, propias más bien de controles informales como la educación, entonces se aprecia una desviación de los fines que se le asigna ya desde la Constitución.

Por esa vía, por ejemplo, en los casos de discriminación de género una función estrictamente simbólica, que sirve para recordar la situación de discriminación de la mujer, puede plantear numerosos inconvenientes. Entre ellos, un desmedido afán protector por parte del legislador, conducente a la instauración de sanciones desproporcionadas que pueden encubrir una tutela ineficaz en el ámbito judicial. Asimismo, la instauración de normas como la Ley N° 27270 contra actos de discriminación, de 29 de mayo de 2000, que sanciona con penas ornamentales la discriminación, no se vincula siquiera a los fines de prevención general.

En otra perspectiva, partiendo del mandato dirigido a los poderes públicos de tutelar determinados bienes jurídicos vinculados al interés público, podría pensarse en atribuir al Derecho Penal la función de promover la vigencia de tales intereses. Especialmente cuando se hallan soslayados en la realidad social y cuando hace falta una intervención determinante, como podría suceder frente a la expansión de la corrupción pública o ante el desmedro de los derechos de los consumidores en un mercado como el peruano con altos índices de informalidad.

Antes bien, difícilmente puede esperarse del Derecho, y menos del Derecho Penal, un profundo cambio en las estructuras sociales,¹⁶ dado que incluso puede constituir un obstáculo im-

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». En Revista de la Facultad de De-

portante para el mismo.¹⁷ Por ello Berdugo, uno de los principales defensores de la función promocional del Derecho Penal,¹⁸ no deja de apostar por la fragmentariedad, la subsidiaridad y utilidad del orden penal,¹⁹ lo que implica concebirlo como la *ultima ratio* del control social.

De esta manera, al Derecho Penal solo puede reconocérsele un rol secundario y limitado en la promoción del interés público. Y como se puso de relieve en otro lugar, esta concepción tampoco está exenta de críticas,²⁰ sobre todo si se concibe la pena en términos de prevención general negativa. Como expresa Terradillos «El Derecho “promocional” preconizado por Bobbio se orienta más por la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y por eso es un Derecho que propicia la rápida evolución social o es, al menos compatible con ella. Ahora bien, la conminación penal es solamente una *conditio sine qua non* de esa función: solo puede aspirar a retraer, no a incentivar».²¹

Un Derecho Penal promocional solo parece realizable en el marco de la pena como prevención general positiva, estabilizadora o integradora. Es decir, dentro de un modelo funcionalista normativo. Por ello Bobbio señala que en el terreno promocional «el Derecho Penal es, por antonomasia, el Derecho conservador y reproductor, de las condiciones sociales dadas»,²² con lo cual parece llegarse a un contrasentido: cambio social = Derecho Penal promocional = prevención integradora = mantenimiento del sistema (no cambio social). Quizás por ello Jakobs,

recho de la Universidad Complutense de Madrid, Número Monográfico, 1986, p. 126.

¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 4ª ed. México D. F. Siglo XXI, 1980.

¹⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 16.

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Praxis, 1996, pp. 47 y ss.

²⁰ CARO CORIA, Carlos. *Derecho Penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación*. Lima: Gráfica Horizonte, 1999, pp. 39-41.

²¹ TERRADILLOS, Juan. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal». L. cit., p. 127.

²² Cit. por Id., p. 127.

defensor del método funcional normativo, matiza su modelo al señalar que «Ciertamente hay que conceder que el Derecho Penal es menos apropiado para impulsar la evolución; pero de ahí no se deduce que por principio solo pueda ir a remolque».²³

Ahora bien, una sobrevaloración de los aportes desde el interés público para reforzar la tutela de la víctima y de la colectividad a través del ordenamiento penal, podría convalidar la gravedad de las penas que determinados delitos, como los sexuales, han alcanzado en el Perú. Es decir, la infracción de principios constitucionales como los de necesidad y proporcionalidad. Pero lo más preocupante es que, como se adelantó, la exasperación de la reacción penal generalmente redundaba en la indefensión de la víctima ante el uso simbólico de la ley penal.

Por ello debe tenerse claro que la remoción de los problemas vinculados a la inadecuada tutela de determinados intereses de la colectividad, no es tarea que competa al Derecho Penal.

En concordancia con el artículo 4° del Código Penal, que establece el principio de lesividad, al Derecho Penal corresponde la misión de proteger, como *ultima ratio*, bienes jurídicos trascendentales como la igualdad de trato, la transparencia de la administración pública, el ambiente natural o los derechos de los consumidores. Como se ha precisado, la persecución de metas pedagógicas para prevenir tales problemas, corresponde a otros medios de control social. De lo contrario, sectores como el Derecho Penal sexual, del «maltrato familiar», de los consumidores o de la libre competencia, pueden reducirse a meras instituciones simbólicas.

En todo caso, la perspectiva del interés público puede contribuir progresivamente al afianzamiento de categorías penales, como la concreción de determinados bienes jurídicos, de modo que adquiera cabida la participación ciudadana. Así por ejemplo, en el delito de enriquecimiento ilícito o cohecho, frente a la concepción clásica que atribuye la titularidad y defensa del bien exclusivamente al Estado, puede ponerse de relieve la pre-

²³ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª ed. Berlín/Nueva York, 1991, 2/14, nota 24.

sencia de un indudable interés general o colectivo en torno al hecho por involucrar las bases mismas del sistema democrático. Con ello no podrá llegarse quizás al extremo de considerar como agraviada a toda la sociedad en su conjunto. Pero sí al menos a dispensar los mecanismos necesarios para una mayor injerencia de la colectividad en el terreno preventivo o inclusive en el ámbito propiamente procesal, en el marco de un juicio criminal, a fin de ostentar una participación complementaria para ofrecer pruebas, controlar la observancia del debido proceso o fiscalizar la transparencia de los órganos públicos a cargo de la persecución.

Otro ámbito en el que la proyección penal del interés público puede manifestarse es en el terreno de los llamados delitos contra la humanidad. La participación ciudadana puede operar aquí de un modo muy fluido, desde el despliegue de estrategias para la ratificación de los diversos instrumentos internacionales sobre la materia —el más significativo sin duda es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998—, hasta la intervención directa en las investigaciones por delitos contra la humanidad —como se puso de relieve especialmente en los hechos de Barrios Altos o La Cantuta—, en los que el periodismo independiente sigue jugando un papel trascendental.

A nivel estrictamente procesal, los juicios por delitos de desaparición forzada de personas o torturas han contado con la activa intervención de organismos no gubernamentales en materia de derechos humanos. Estos no solo han promovido las acciones penales ante el Ministerio Público, sino que además han permitido una actividad probatoria más intensa en el ámbito judicial a fin de reivindicar el derecho de las víctimas y, a través de ello, promover la expectativa social de que esos derechos deben hallar tutela pública.

Esta experiencia sin duda se ha repetido en otros sectores en los que el interés público se encuentra latente. Por ejemplo, en la defensa de los clásicamente denominados intereses difusos —bienes jurídicos colectivos en la dogmática penal—, entre ellos el ambiente natural o los derechos de los consumidores. En tales casos debe regir para el proceso penal la cláusula su-

pletoria del artículo 82° del Código Procesal Civil.²⁴ Para los mismos se proyectó en 1991 una norma específica en el artículo 103° del Código Procesal Penal,²⁵ que aún no se ha puesto en vigor pero que denota una importante orientación *de lege ferenda*.²⁶

Estas tendencias en el aspecto procesal y puestas de relieve solo a modo de ejemplo, requieren indudablemente de una justificación material de orden dogmático. Se trata sin duda de favorecer una mayor injerencia de la colectividad en la instrumentación de la tutela penal, pero sin soslayar por ello las diferentes garantías previstas en la Constitución.

De esa forma, la perspectiva del interés público, en tanto persigue la materialización de los derechos fundamentales, puede contribuir significativamente al desarrollo de un Derecho Penal orientado a sus consecuencias político-criminales. Sus aportes deben valorarse sistemáticamente, desde una pers-

²⁴ «Artículo 82°. Patrocinio de intereses difusos.- Interés difuso es aquél cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio de juez, esta última por resolución debidamente motivada, estén o no legitimados para ello.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el *Diario Oficial El Peruano* y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso».

²⁵ «Artículo 103°. Están legitimados para interponer denuncias, recurrir en casos de denegatoria y constituirse en actores civiles, con todas las facultades que la ley les reconoce, los Organismos No Gubernamentales inscritos y reconocidos como tales cuya finalidad sea la defensa de los derechos humanos, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

1. Que el hecho punible denunciado o materia del procedimiento penal guarde relación específica con sus fines sociales.
2. Que el hecho punible esté sujeto a ejercicio público de la acción penal.
3. Que el agraviado, en caso de tratarse de hecho punible que afecte bienes jurídico-personales, no se constituya en actor civil, o estando constituido como tal, acepte expresamente su intervención».

²⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. L. cit., pp. 345-346.

pectiva victimológica,²⁷ de modo que pueda administrarse adecuadamente la tensión natural entre las garantías que asisten al autor del delito y los derechos de la víctima y, en su caso, de la colectividad en general.

En ese sentido, la influencia victimológica de la perspectiva del interés público en el Derecho Penal, puede concretarse en el ámbito dogmático y procesal.²⁸ Pero ello no equivale a sostener que exista una interpretación penal desde el interés público o una perspectiva de interés público dentro de la teoría del delito.

2.3. Interés público y fundamentos constitucionales de la interpretación penal

Si el interés público carece de una connotación específica en la dogmática penal, de ello no se deduce que una injerencia penal desde la perspectiva del interés público sea ajena o no se nutra de los fundamentos constitucionales del *ius puniendi*. Por el contrario, la propia legitimación de las acciones de interés público halla asidero directo al máximo nivel, en el marco de la Constitución que, como se sabe, pretende expresar los lineamientos generales del consenso social.

La relevancia constitucional de la participación colectiva en la defensa del ambiente, la prevención de la corrupción pública, la tutela de los derechos humanos o, como veremos luego, la democratización de las fuerzas policiales, otorga un amplio espacio para la articulación de acciones de interés público inclusive, como *última ratio*, a través del Derecho Penal. En esa línea de pensamiento, la defensa penal del interés público tiene como presupuesto básico los fundamentos constitucionales de la interpretación penal.

²⁷ Ver PALACIO, Marisol. *Contribuciones de la victimología al sistema penal*. Bogotá: Ibáñez, 2001, pp. 53 y ss.

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1993, pp. 9-40, 65-78. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. 3ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 1996, pp. 44-66.

Como he señalado en otra oportunidad,²⁹ el proceso de determinación del derecho aplicable tiene una faceta lógica, pero contiene asimismo un importante elemento de poder,³⁰ de modo que entran en juego tanto los conocimientos del operador jurídico, como sus condicionamientos culturales y axiológicos.³¹ En ese sentido, en la interpretación de la ley penal se aprecia indudablemente una dimensión cognitiva y otra valorativa.³² Como precisa Wróblewski, la justificación de una decisión judicial no se agota en la fundamentación de un silogismo que explique la consecuencia jurídica como producto de la subsumción de un hecho (premisa menor) en un enunciado normativo, general y abstracto (premisa mayor).³³

La denominada justificación interna, mediante el silogismo judicial, solo permite apreciar la corrección lógica del razonamiento. Pero la decisión obedece también a una valoración sobre el sentido material del enunciado normativo y sobre los hechos. De allí la necesidad de una justificación interna y una justificación externa en el proceso de argumentación jurídica.³⁴ En esta última rige la interpretación, no más como un proceso

²⁹ CARO CORIA, Carlos. «Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». *Ius Et Veritas*, N° 19, 1999, pp. 253-255.

³⁰ HURTADO POZO, José. «A propósito de la interpretación de la ley penal». *Revista de Derecho de la PUCP*, N° 46, 1992, p. 92.

³¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 148-149. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 62-63. DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. 3ª ed. Madrid: Ariel, 1993, pp. 251 y ss. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 263-271. DE ASIG ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 182. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Madrid: Ariel, 1995, pp. 280-281, 287.

³² SAAVEDRA. *Interpretación del Derecho e ideología*. Granada, 1978, pp. 15 y ss.

³³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. L. cit., pp. 57 y ss.

³⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Ib.*, pp. 57 y ss. ALEXI, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt an Main: Surkamp, 1978, pp. 272 y ss. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. 2ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 45-46. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. L. cit., pp. 165-168. SANTA CRUZ. *Razonamiento jurídico penal*. Lima: Academia de la Magistratura, 2000, pp. 21 y ss.

técnico y neutral sino como un acto altamente valorativo.³⁵ Conforme advierte Aarnio, la dificultad que divide a los intérpretes está vinculada a la manera como se eligen los valores básicos para la argumentación, de modo que el problema del discurso jurídico se concreta pues en la justificación externa.³⁶

La importancia de identificar un marco valorativo común para la aplicación del Derecho, se sustenta en la seguridad jurídica —garantía fundamental del Estado de Derecho— que en sectores como el Derecho Penal, en el que rige el principio de taxatividad o certeza, debe salvaguardarse con mayor intensidad.³⁷

La evitación del «acaso o la arbitrariedad», junto con la pretensión de controlar *ex-ante* la racionalidad de las decisiones jurisdiccionales, ha motivado el recurso a baremos como el «sentido de la justicia», los «principios generales del Derecho», o estándares jurídicos como el «juez justo» que, en rigor, son sensibles a un uso privado o discrecional por la generalidad o indefinición de tales conceptos valorativos.

Frente a ello, en los últimos años viene adquiriendo mayor fuerza la necesidad de vincular la interpretación a un marco valorativo consensual y normativo: el impuesto por la Constitución y los derechos humanos.³⁸ En tal sentido, la actual fundamentación del Derecho Penal deriva de su sujeción a los derechos humanos y la Constitución.³⁹ Como precisan Berdugo y

³⁵ VILLANUEVA FLORES, Rocío. «Notas sobre interpretación jurídica (a propósito de la Ley N° 26260 y la violencia familiar)». En *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996, pp. 102-108.

³⁶ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. L. cit., p. 168.

³⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. «Seguridad jurídica y legalidad penal». En *Vinculación del juez a la ley*. Madrid: CGPJ, 1995, pp. 157 y ss.

³⁸ OLLERO TASSARA, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid 1989, pp. 149 y ss., 213 y ss. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. L. cit., pp. 93 y ss.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid 1995, *passim*. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 15 y ss. WOLTER, Jürgen. «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho Penal». En *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Barcelona. J.M.Bosch, 1995, pp. 37 y ss. «Problemas político-criminales y jurídico-

otros, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado como el punitivo tiene que tener definidos sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación —tanto en fase legislativa como judicial—, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado realiza la Constitución.⁴⁰

La Constitución adopta pues un programa penal, es decir un conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales, que constituyen el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.⁴¹ El juez penal se encuentra vinculado al marco valorativo previsto en la Constitución, el cual va más allá del contenido de normas propiamente penales, como las que reconocen el principio de legalidad (artículo 2º inciso 24.d), o el principio de *ne bis in idem* (artículo 139º inciso 3).

En esa línea de ideas, el carácter personalista⁴² (artículo 1º) y el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho⁴³ (artículos 38º, 43º y 44º), que adopta nuestra Constitución, conducen a

constitucionales de un sistema internacional de Derecho Penal». En *Política criminal y Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: J.M.Bosch, 1997, pp. 101 y ss. NINO, Santiago. «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos». *Doctrina Penal*, 1989, pp. 29 y ss. HURTADO POZO, José. «Derechos humanos, bien jurídico y Constitución». *Anuario de Derecho Penal*, 1995, pp. 77-80.

⁴⁰ BERDUGO, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 33.

⁴¹ *Ib.*, p. 34. ARROYO ZAPATERO, Luis. «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 1, 1987, pp. 97 y ss. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 43 y ss. TIEDEMANN, Klaus. «Constitución y Derecho Penal». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 33, 01/91, pp. 145 y ss. «La constitucionalización de la materia penal en Alemania». *Anuario de Derecho Penal*, 1994, pp. 59 y ss.

⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Derechos humanos y Derecho Penal». En *Temas de Derecho Penal*. Lima: Cultural Cusco, 1993, p. 86-87.

⁴³ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 29 y ss. «El sistema del Derecho Penal en la Europa actual». En *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. L. cit., p. 27. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Barcelona: PPU, 1999, pp. 74 y ss. CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 79 y ss.

una concepción del Derecho Penal como un instrumento de control al servicio de la persona humana. De ese modo, derechos constitucionales especialmente relevantes en la aplicación del Derecho Penal por la policía, como los de igualdad y no discriminación (artículo 2º inciso 2), o la libertad y seguridad personales (artículo 2º inciso 24), al igual que principios democráticos como el pluralismo y la tolerancia, deben encontrar su realización también a través del *ius puniendi*. Es este en buena cuenta el marco valorativo común que debe orientar las acciones de interés público.

3. Acciones de interés público frente a la actividad policial

3.1. Administrativización del poder policial penal

Como ha señalado Bustos Ramírez, la policía es el organismo institucionalizado que concentra y ejerce el mayor espacio de poder, sobre todo *de facto*, del control penal.⁴⁴ Ello en comparación con instancias como el Ministerio Público o el Poder Judicial que, pese a todo, cuentan con mayores espacios para la fiscalización pública y ciudadana.

Lo particular de la actividad policial radica en que ya desde el plano constitucional se le otorgan una serie de funciones y facultades, cuyo ejercicio trastoca derechos fundamentales como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o el patrimonio.

Sin embargo, la injerencia sobre tales derechos no está a cargo de un organismo autónomo e independiente del poder político, sino directamente vinculado a este, por lo general a través del Ministerio del Interior que es parte del Poder Ejecutivo.

En ese sentido, a juicio de Ferrajoli, «La policía es, en efecto, una actividad administrativa formalmente organizada como dependiente del Poder Ejecutivo. Pero al contrario de otras ramas de la administración pública, actúa en contacto directo con las libertades fundamentales; y ahí tiene que actuar no solo

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «La instancia policial». En *Criminología crítica y sistema penal*. Lima: CEAS, 1990, pp. 5 y ss.

como función auxiliar de la jurisdicción, sino en ejercicio de competencias propias y autónomas, como son las preventivas y cautelares frente a sujetos peligrosos y sospechosos. Por ello su "fuerza" se manifiesta como "violencia" y de ahí proviene su latente ilegitimidad con respecto al paradigma del Estado de Derecho». ⁴⁵

La administrativización del poder de policía está claramente reflejada en la Constitución, al considerarse al Presidente de la República como Jefe Supremo de la Policía Nacional (artículo 167°), y otorgársele la función de organizar, distribuir y disponer el empleo de esta fuerza (artículo 118° inciso 14).

En esa misma dirección se pronuncia el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 370, de 5 de febrero de 1986, Ley Orgánica del Ministerio del Interior, según el cual competen a dicho despacho las actividades relativas a la actividad policial. De igual modo, la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 27238, de 22 de diciembre de 1999, precisa en el artículo 4° que la «La Policía Nacional del Perú forma parte de la estructura orgánica del Ministerio del Interior».

Ahora bien, la condición dependiente que la policía tiene respecto del Poder Ejecutivo, si bien parece inevitable desde el punto de vista orgánico para el ejercicio de funciones ligadas a la prevención del delito o al control de actividades socialmente desvaloradas, plantea serias dudas cuando el órgano policial opera como agencia de control penal.

En la investigación del delito, por disposición constitucional, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público (artículo 159° inciso 4). Esta previsión no es novedosa porque se aprecia ya desde la Carta Magna de 1979 (artículo 250 inciso 5) y en el artículo 9° del N° 052, de 18 de marzo de 1981, Ley Orgánica del Ministerio Público, que extiende el poder de dirección del órgano fiscal incluso en el terreno de la prevención del delito. ⁴⁶ Sin embargo, la ejecución

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. L. cit., p. 766.

⁴⁶ «Artículo 9°. El Ministerio Público, conforme al inciso 5 del artículo 250° de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la eta-

de estas disposiciones sigue ofreciendo una enorme resistencia hasta la actualidad.

El Código Procesal Penal de 1991, Decreto Legislativo N° 638, de 27 de abril, intentó vincular el ejercicio punitivo de la policía con la actividad del Ministerio Público (artículos 66° y 67°), mediante la asunción del llamado modelo acusatorio.⁴⁷ En virtud de este y en mero cumplimiento del mandato constitucional, se encargaba a la Fiscalía la conducción de la etapa de investigación preliminar, sometiéndose la actividad policial al control y dirección del Ministerio Público, en tanto titular exclusivo y excluyente de la acción penal.⁴⁸

Con mayor claridad se pronunció el artículo 65° del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995,⁴⁹ según el cual «El Ministerio Público dirige la investigación del delito perseguible por ejercicio público de la acción penal (...). La actividad de la Policía Nacional en la investigación preliminar, estará siempre sometida a la dirección del Fiscal. La Policía Nacional está obligada a cumplir las órdenes del Ministerio Público en el ámbito de su función».

Sin dejar de lado la dependencia orgánica de la policía al Poder Ejecutivo, el Código Procesal y el Proyecto de 1995 plantearon la dependencia funcional de la Policía Nacional al Ministerio Público. Es decir, la renuncia a una parcela de poder en un doble sentido. Primero desde el punto de vista del poder político, porque la dirección de la investigación del delito ya no sería competencia del Ministerio del Interior; y, segundo, desde

pa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal. Igual función corresponde al Ministerio Público en las acciones policiales preventivas del delito.»

⁴⁷ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, p. 445. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, pp. 301-306.

⁴⁸ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: IDEM-SA, 1994, p. 57 y ss., 115.

⁴⁹ Separata Especial del *Diario Oficial El Peruano*, 6 de abril de 1995.

la perspectiva del propio órgano policial, acostumbrado hasta ahora a actuar con casi plena discrecionalidad en el ejercicio de sus facultades coercitivas y en la decisión policial sobre la responsabilidad penal, a través de la emisión de partes o atestados policiales que en buena cuenta constituyen una pre-calificación administrativa. En la mayoría de los casos, esta última determina el archivo definitivo de una investigación, inclusive en la instancia policial y sin darse cuenta al órgano fiscal, o la continuidad de la misma ante la jurisdicción.⁵⁰

De ese modo, la intervención del Ministerio Público parece reducirse a la legitimación o formalización de la «convicción policial»,⁵¹ lo que ha sido reforzado por el sentido del artículo 62° del Código de Procedimientos Penales de 1940.⁵²

Representativo de este poder fáctico de la policía, autónomo del Ministerio Público, es el contenido del Manual de Procedimientos Operativos Policiales, aprobado mediante la Resolución Directoral N° 1184-96-DGPNP/EGM, de 21 de marzo de 1996, no publicado en el Diario Oficial El Peruano.

Este texto orienta con carácter general la investigación policial y soslaya gravemente la relevancia del Ministerio Público. La relación entre la Policía Nacional y el Ministerio Público parece reducirse a meras «atenciones y cortesía» propias de la investidura del fiscal, o a «facilidades para el mejor cumplimiento» de sus funciones.⁵³ Es más, el propio Manual ratifica la autonomía policial cuando precisa que «La función del Ministe-

⁵⁰ Ver referencias en SAN MARTÍN CASTRO, César. «La coerción personal en la investigación policial del delito: análisis crítico». *Thémis: Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 10, 1988, p. 34. VEGAS TORRES, José Martín. *Fuerzas Policiales, Sociedad y Constitución*. L. cit., pp. 92-93.

⁵¹ BINDER, Alberto. «Funciones y disfunciones del Ministerio Público penal». En VARIOS AUTORES. *IX Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos*. Lima: CEAS, 1995, p. 61.

⁵² «Artículo 62°. La investigación policial previa que se hubiera llevado cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los jueces y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 283° del Código».

⁵³ POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. *Manual de Procedimientos Operativos Policiales*. Lima, 1996, pp. 210-211.

rio Público de investigar e intervenir en la investigación de delitos desde la etapa policial, tiene por finalidad darle garantía al proceso investigador que realiza el personal y no significa interferencias en el desarrollo del mismo». ⁵⁴

Este distanciamiento es todavía mayor en la regulación procesal de la criminalidad organizada. En el ámbito de la legislación penal de emergencia —terrorismo, «traición a la patria»— ⁵⁵ y en la represión del tráfico de drogas, se observa desde la década de los ochenta una maximización de las facultades coercitivas de la policía en desmedro de la actuación del Ministerio Público.

Esta tendencia se expandió luego al terreno de la criminalidad común, como se aprecia desde 1998 con la aprobación de las normas sobre «seguridad ciudadana», cuya constitucionalidad se encuentra en discusión ante el Tribunal Constitucional entre otras razones porque institucionaliza una renuncia al control de la legalidad durante la investigación prejudicial.

Desde el punto de vista de las acciones de interés público debe entenderse que una tarea urgente en la democratización de la instancia policial radica en someter, *de iure y de facto*, el poder penal de la Policía Nacional del Perú al control por parte del Ministerio Público, tal como ordena la Constitución. ⁵⁶

Contra este sometimiento se han alegado diversas justificaciones, desde la carencia de recursos del Ministerio Público para asumir la conducción de la etapa preliminar, ⁵⁷ hasta razones de eficacia policial en el control de la criminalidad. En rigor esos fundamentos encubren una resistencia a la pérdida de los poderes de policía y han impedido la entrada en vigor de todas las normas del Código Procesal Penal de 1991.

En todo caso los citados argumentos son inanes. Si se parte de una concepción político-criminal que articule debidamente

⁵⁴ *Ib.*, p. 197.

⁵⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Lima: Alternativas, 1993, p. 157.

⁵⁶ BINDER, Alberto. «Funciones y disfunciones del Ministerio Público penal». *L. cit.*, p. 62.

⁵⁷ Críticamente, ROXIN, Claus. «Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público». En VARIOS AUTORES. *VIII Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos*. Lima: CEAS, 1994, pp. 103-104.

la actuación de las agencias de control penal conforme al programa penal de la Constitución, la conducción del Ministerio Público de la etapa policial debe redundar en un mayor control de la legalidad penal, de las garantías individuales de los investigados como una mayor transparencia y evitación de la corrupción, presupuestos mínimos sobre los que debe cimentarse la eficacia pública en un Estado de Derecho.

Una valoración similar merecen las consideraciones presupuestarias, pues es necesario que exista cierta proporcionalidad entre los recursos asignados a los diferentes segmentos del sistema penal.⁵⁸ La asunción de un modelo acusatorio no solo hará indispensable dotar al Ministerio Público de mayores recursos, sino que permitirá una descarga importante de la labor investigadora del Poder Judicial y por ende de recursos.

3.2. Funciones policiales vinculadas al orden interno

En Latinoamérica la policía es organizada frecuentemente con disciplina militar.⁵⁹ A esta orientación contribuye la Constitución, que en el Capítulo XII («De la seguridad y de la defensa nacional») del Título IV («De la estructura del Estado»), trata conjuntamente las funciones policiales y las de las Fuerzas Armadas.

En tal virtud, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú recientemente ha planteado la conveniencia de tratar separadamente ambos institutos, pues tienen tareas diferentes y para alcanzar sus metas requieren de diferente entrenamiento y despliegue en su actividad cotidiana. «Confundirlas ha llevado a la militarización de la policía y ello ha demostrado ser altamente inconveniente en la vida del país», ha señalado la Comisión.⁶⁰

En esa perspectiva diferenciadora, más que reformar la Constitución se trata de promover una definición de las funcio-

⁵⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la criminología*. L. cit., p. 194.

⁵⁹ *Ib.*, p. 191.

⁶⁰ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 2001, p. 83.

nes policiales, sobre todo en el terreno infraconstitucional, como un servicio ciudadano en tiempos de paz y no como una extensión de la defensa nacional a cargo de la Fuerzas Armadas.⁶¹

Ello evitará que la función policial se observe como la aplicación de un «derecho del enemigo», y más bien se la considere como un sistema de control del orden interno⁶² con las garantías ciudadanas propias del Estado de Derecho. Para esto último es fundamental que la capacitación y tecnificación policial obedezcan a ese objetivo.⁶³

Asimismo, la delimitación de las funciones policiales y militares deberá evitar las constantes intromisiones de los militares en espacios vinculados al orden interno. Estas han tenido consecuencias nefastas para los derechos fundamentales,⁶⁴ con la agravante de hallarse aparentemente motivadas por las normas que extendieron la injerencia militar en la persecución de los delitos de traición a la patria⁶⁵ y terrorismo especial.⁶⁶

El artículo 166° de la Carta de 1993 señala que «La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener

⁶¹ En esa perspectiva, QUISPE CORREA, Alfredo. *Apuntes sobre la Constitución y el Estado*. Lima: Gráfica Horizonte, 1998, p. 233.

⁶² COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Ob. cit., p. 87.

⁶³ En esa perspectiva se inscribe el artículo 2° de la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional, según el cual «La Policía Nacional del Perú es una institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas».

⁶⁴ Como lo pusiera ya de relieve RUBIO CORREA, Marcial. «Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú: 1979-1988». En VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 235.

⁶⁵ El Decreto Ley N° 25659, de 13 de agosto de 1992, que regula el delito de Traición a la Patria, estableció el fuero militar para las manifestaciones más graves de terrorismo, competencia que se mantiene hasta la actualidad.

⁶⁶ El Decreto Legislativo N° 895, sobre Terrorismo Especial, de 23 de mayo de 1998, instauró la justicia militar para delitos comunes vinculados a la criminalidad organizada contra el patrimonio, la vida, la integridad o la libertad de las personas. El retorno al fuero ordinario fue decretado por la Ley N° 27235, de 20 de diciembre de 1999. Críticamente, CARO CORIA, Carlos. «Seguridad ciudadana y "Decretos de Emergencia"». *Informativo legal Benites, Mercado & Ugaz*, N° 41, mayo 1998, p. 1. UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. «Grandes urbes e inseguridad ciudadana». En *Seguridad ciudadana y derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999, pp. 327 y ss.

y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras».

A esta pluralidad de funciones se añade su participación en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil (artículo 171°), así como la cooperación con las municipalidades en materia de seguridad ciudadana, de acuerdo con la ley (artículo 195°).

Puede decirse en términos generales que estas normas concuerdan con la moderna orientación de dotar a la policía de funciones no exclusivamente penales. Como pone de relieve García-Pablos de Molina, «cada vez son más las prestaciones que la policía lleva a cabo a favor del ciudadano y de la comunidad, sin conexión próxima ni remota con el crimen, con su castigo o su prevención (...)»,⁶⁷ lo que pone «de manifiesto la existencia de unas demandas, necesidades y expectativas sociales que la policía tiene que satisfacer con la oportuna preparación y adiestramiento».⁶⁸

La concreción de las funciones policiales previstas en la Constitución se encuentra en el artículo 7° de la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú,⁶⁹ y en el artículo

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. «Policía y criminalidad en el Estado de Derecho». *Derecho Penal y Criminología*, N° 47-48, 1992, p. 182.

⁶⁸ *Ib.*, p. 183.

⁶⁹ «Artículo 7°. Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes:

1. Mantener la seguridad y tranquilidad públicas para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú.
2. Prevenir, combatir investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía.
3. Garantizar la seguridad ciudadana. Capacitar en esta materia a las entidades vecinales organizadas.
4. Brindar protección al niño, al adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentran en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, previniendo las infracciones penales y colaborando en la ejecución de las medidas socio-educativas correspondientes.
5. Investigar la desaparición de personas naturales.

9º del D. S. N° 008-2000-IN, Reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú.⁷⁰

6. Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, investigar y denunciar los accidentes de tránsito, así como llevar los registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente.

7. Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia.

8. Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros.

9. Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley.

10. Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones.

11. Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley.

12. Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación.

13. Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes.

14. Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país.

15. Ejercer la identificación de las personas con fines policiales.

16. Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución y las leyes.»

⁷⁰ «Artículo 9º. Son funciones de la Policía Nacional, las siguientes:

9.1 Mantener la seguridad y tranquilidad públicas, para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú y las leyes.

9.2 Mantener y/o restablecer el orden público, haciendo uso de la persuasión o medios disuasivos en forma racional y progresiva, salvaguardando la vida y la integridad física de las personas y las propiedades pública y privada.

9.3 Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, que sean perseguibles de oficio. Aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía, con irrestricto respeto de los Derechos Humanos.

9.4 Garantizar la seguridad ciudadana mediante acciones de prevención, investigación, apoyo, orientación y protección a la comunidad. Para tal fin, organiza y capacita a las entidades vecinales con el propósito de lograr su efectiva participación, manteniendo estrecha coordinación con las autoridades del lugar y otras organizaciones civiles.

9.5 Brindar protección y ayuda al niño y al adolescente que se encuentren en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, en abandono moral o material, o expuestas a peligro, previniendo los actos antisociales y colaborando en la ejecu-

Como puede observarse, la ley y el reglamento amplifican las funciones previstas de modo general en la Carta de 1993, vinculando inclusive a la policía a la Defensa Nacional —artículo 7° inciso 14 de la ley, artículo 9° inciso 17 del reglamento—, función que en todo caso debe estimarse como subsidiaria o en defecto de la injerencia de la Fuerzas Armadas respecto de la defensa exterior.

Un aspecto novedoso en la ley, ausente en la Ley de Bases de las Fuerzas Policiales, Decreto Legislativo N° 371 —de 4 de febrero de 1986 y que rigió hasta 1999—, radica en el otorgamiento a la Policía Nacional de un mayor poder administrativo

ción de medidas socio-educativas, en coordinación con entidades públicas y privadas.

9.6 Brindar protección y ayuda al anciano y a la mujer que se encuentren en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, en abandono moral o material, o expuestas a peligro, previniendo las infracciones penales.

9.7 Investigar la desaparición de personas naturales, adoptando las medidas pertinentes para establecer las causas que motivaron la misma, orientar las acciones para su ubicación y formular la denuncia correspondiente.

9.8 Velar por la seguridad del tránsito vehicular y peatonal, para lo cual deberá:

9.8.1 Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras.

9.8.2 Prestar seguridad al transporte automotor y ferroviario, efectuando patrullaje preventivo permanente y control en las vías de circulación, para el normal y seguro desplazamiento vehicular.

9.8.3 Controlar el cumplimiento de las normas de tránsito por parte de los usuarios de la infraestructura vial y de los prestadores de servicio de transporte, aplicando las sanciones que correspondan.

9.8.4 Denunciar ante la autoridad que corresponda las infracciones previstas en la legislación sobre la materia.

9.8.5 Prevenir, investigar y denunciar los accidentes de tránsito.

9.8.6 Mantener actualizados los registros del parque automotor y antecedentes del conductor, con fines policiales, en coordinación con las autoridades competentes.

9.9 Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia. Cuando las circunstancias lo requieran coordinará con las autoridades respectivas, recabando de ellas las facilidades que les sean menester, procurando en todo momento mantener la más cordial armonía.

9.10 Vigilar y controlar las fronteras del territorio nacional, actuando además como agente de integración y desarrollo.

9.11 Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros.

9.12 Brindar seguridad y protección al Presidente de la República en ejercicio y al electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la

sancionador o contravencional. Así lo precisa el artículo 7º inciso 2 de la ley y el artículo 9º inciso 3 del reglamento.

Esta facultad no está reconocida expresamente en la Constitución de 1979 ni en la de 1993, lo que puede plantear dudas de su legitimidad constitucional. Más aún porque el desarrollo de este poder sancionador está regulado mediante una norma infralegal, en el anexo del D. S. N° 005-2000-IN, de 25 de mayo de 2000, publicado el 26 de ese mes.

República, Ministros de Estado, así como a los Vicepresidentes de la República, Embajadores acreditados en nuestro país, representantes de organismos internacionales con rango de Embajador, dignatarios extranjeros en visita oficial, y a otras personalidades que requieran estos servicios.

9.13 Cumplir y hacer cumplir los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Organismos Electorales, Ministerio Público y otros que emitan las autoridades competentes en el ejercicio de sus funciones.

9.14 Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley, coordinando permanentemente con las autoridades penitenciarias.

9.15 Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, así como en la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación, previniendo, investigando y denunciando las infracciones, faltas y delitos previstos en las leyes sobre la materia, en coordinación con los organismos competentes.

9.16 Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes.

9.17 Participar en la Defensa Nacional, adecuándose a las necesidades y requerimientos que la situación demande, en concordancia con las directivas emanadas del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

9.18 Participar en la Defensa Civil, coordinando los planes operativos y administrativos con los organismos del Sistema de los niveles respectivos, para la ejecución de acciones dentro del ámbito de su competencia, antes, durante y después de la emergencia.

9.19 Participar en el desarrollo económico y social del país:

9.19.1 Promoviendo e incentivando la actividad turística en todos sus aspectos.

9.19.2 Ejecutando campañas de alfabetización y contra las drogas.

9.19.3 Constituyéndose en ente activo y dinámico en la organización de agrupaciones deportivas, culturales y otras.

9.19.4 Participando y propiciando programas de acción cívica orientados a la salud y bienestar de la población.

9.19.5 Fomentando la integración y desarrollo de pueblos fronterizos, comunidades nativas y campesinas.

9.19.6 Ejecutando otras actividades que por su naturaleza coadyuven al desarrollo económico y social del país.

9.20 Identificar a las personas naturales con fines policiales.

9.21 Ejercer las demás funciones que le señale la Constitución y las leyes».

La crítica de otorgar a la Policía Nacional facultades punitivas no reconocidas por la Ley Fundamental, puede superarse inmediatamente con el argumento pragmático de que la propia policía goza ya de poder sancionador —por ejemplo en el ámbito del tráfico automotor— sin que exista para ello una autorización constitucional específica. Otro tanto ocurre también con las facultades coercitivas de las múltiples dependencias administrativas, como los gobiernos locales, el INDECOPI, la SUNAT, SUNAD, entre otras. A ello se añade la consideración de que no corresponde a la Constitución fijar los mecanismos a través de los cuales deben protegerse los diversos intereses individuales, colectivos o institucionales que reconoce, cuestión que corresponderá zanjar directamente al legislador.

Antes bien, no puede soslayarse la discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi*, relativamente reciente en Perú.⁷¹

El debate tampoco está terminado en el derecho comparado. Se acepta que el ejercicio sancionador por parte de la administración debe someterse básicamente a los límites del Derecho Penal,⁷² pero se evalúa aún la intensidad de ese sometimiento, en el sentido de si las sanciones administrativas suelen ser menos graves que las penales —al menos no pueden acarrear la privación de libertad— y si las necesidades de eficacia de la intervención administrativa, pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal.⁷³ Por ese camino se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpa-

⁷¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública». *Ius et Veritas*, N° 10, 1995, pp. 149 y ss. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico*. Lima: Idemsa, 1997, p. 185.

⁷² QUINTERO OLIVARES, Víctor. «La autotutela. Los límites del poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal». *Revista de Administración Pública*, N° 126, 1991, pp. 253 y ss.

⁷³ CID MOLINE, José. «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)». *Revista de Administración Pública*, N° 140, 1996, pp. 131 y ss. En la misma línea se expresó PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. T. III. Lima: Sesator, 1995, pp. 167-168.

bilidad, pero se renunciaría a otras como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

Este debate no afecta sin embargo la vigencia del principio de legalidad en el ámbito administrativo. Reina acuerdo en el sentido de que un presupuesto básico del ejercicio punitivo contravencional deriva de la garantía de la reserva de ley. Así lo ratifica el artículo 230 inciso 10 de la Ley N° 27444 —de 21 de abril de 2001 y que entrará en vigor en octubre—, según el cual «Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad».

Desde esta perspectiva, las acciones de interés público a implementar en el terreno policial no solo deben orientarse a revisar el catálogo de funciones de la Policía Nacional previstas en la ley y el reglamento desde la perspectiva del modelo constitucional. También deberá dispensarse una atención especial a la necesidad de derogar, o inaplicar cuando menos, el Código Administrativo de Contravenciones de Policía, aprobado mediante el D.S. N° 008-2000-IN, lo que en sí mismo lesiona el principio de legalidad administrativa.

La propia adopción de este Código Administrativo puede plantear dudas de legitimidad si se cuestiona la conveniencia de otorgar a la Policía Nacional un mayor poder del que ya tiene, y si acaso no sería más fructífero derivar dicho poder a los Jueces de Paz a través del mecanismo de las faltas penales o, si se insiste en preservar este poder en manos de la administración, a los gobiernos locales.

3.3. Coerción policial y criminalización secundaria

Un aspecto especialmente preocupante es el relativo a las facultades coercitivas de la policía, tanto en materia de prevención del delito como en el terreno de la investigación frente al hecho punible consumado.

Como no podía ser de otro modo, la Constitución vigente fija determinados parámetros generales en cuanto a la afecta-

ción sobre los derechos fundamentales por parte de las agencias de control penal.

La Constitución reserva la injerencia sobre determinados derechos fundamentales exclusivamente al Poder Judicial u otros organismos del Estado no policiales. Por ejemplo, el secreto bancario y la reserva tributaria solo pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso (artículo 2 inciso 5); la intervención de comunicaciones y documentos privados requiere «mandamiento motivado del juez», al igual que la incautación de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos (artículo 2 inciso 10); de igual forma, la limitación de la libertad domiciliaria requiere «mandato judicial» (artículo 2 inciso 11). En cambio, la incautación de los bienes y efectos del delito parece no necesitar de orden judicial.⁷⁴

Ahora bien, la Constitución limita severamente las facultades de la policía.⁷⁵ Para la detención policial se exige flagrancia delictiva (artículo 2 inciso 24.f de la Constitución), al igual que para el allanamiento policial (artículo 2 inciso 9).

El concepto de flagrancia carece de definición legal. Solo el Código Procesal Penal de 1991 intentó fijarlo en el artículo 106 inciso 8: «Hay flagrancia cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el hecho delictuoso, o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que viene de ejecutarlo».

Por lo demás la Constitución impone a los poderes públicos, entre ellos a la policía, límites infranqueables de respeto a los derechos fundamentales. Por ejemplo, la cláusula que establece que no hay prisión por deudas (artículo 2 inciso 24.c), el principio de legalidad (artículo 2 inciso 24.d), la presunción de inocencia (artículo 2 inciso 24.d), la prohibición de incomunicación

⁷⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César. «Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación». *Ius Et Veritas*, N° 19, 1999, p. 245.

⁷⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. L. cit., p. 350.

(artículo 2 inciso 24.g), de violencia moral, síquica o física, o de torturas y tratos humillantes (artículo 2 inciso 24.h).⁷⁶

Estos aspectos normativos han sido objeto de regulación por parte de las diferentes normas que rigen la actividad policial, para lo cual se ha recurrido no solo a la Ley Orgánica —artículos 8° y 9° que regulan las atribuciones y facultades⁷⁷—, sino también al Reglamento —artículos 10 y 11—⁷⁸ o, peor aun y con

⁷⁶ Ver GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima: Gráfica Horizonte, 2001, *passim*.

⁷⁷ «Artículo 8°. Son atribuciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes:

1. Intervenir en toda circunstancia, cuando el ejercicio de la función policial así lo requiera, por considerarse permanentemente en servicio.
2. Requerir la presentación de documentos de identidad personal cuando el caso lo amerite.
3. Registrar y centralizar los antecedentes policiales de las personas, así como las requisitorias judiciales.
4. Expedir certificados de antecedentes policiales, domiciliarios, de supervivencia y otros derivados del cumplimiento de sus funciones.
5. Realizar peritajes criminalísticos, técnico-vehiculares y otros relacionados con sus funciones.
6. Obtener, custodiar, asegurar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la investigación policial, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente.
7. Coordinar y cooperar con los organismos internacionales e instituciones de policía en la prevención y represión de la delincuencia, de conformidad con los convenios suscritos.
8. Ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes.

Artículo 9°. Son facultades de la Policía Nacional del Perú las siguientes:

1. Realizar registros de personas e inspecciones de domicilios, instalaciones y vehículos, naves, aeronaves y objetos, de acuerdo a la Constitución y la ley.
2. Ingresar gratuitamente a los espectáculos públicos y tener pase libre en vehículos de transporte público masivo, cuando sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.
3. Poseer, portar y usar armas de fuego de conformidad con la Constitución y la ley.
4. Intervenir, citar y detener a las personas de conformidad con la Constitución y la ley.
5. Intervenir como conciliador en los casos de conflicto que no constituyan delitos o faltas que alteren el orden y la tranquilidad pública.
6. Ejercer las demás facultades que le señalen la Constitución y las leyes.»

⁷⁸ «Artículo 10°. Son atribuciones de la Policía Nacional, a través del Personal Policial, las siguientes:

- 10.1 Intervenir en toda circunstancia cuando el ejercicio de la función policial así lo requiera, por considerarse permanentemente de servicio. La función policial se cumple a través de operaciones policiales planificadas. Excepcionalmente, actuará sin este requisito en caso de auxilio, comisión de delitos, faltas y contravenciones de policía.

mayor extensión, al Manual de Procedimientos Operativos Policiales aprobado, como se puso de relieve, a través de una mera Resolución Directoral no publicada en el Diario Oficial El Peruano.

De esa forma, se tiene que derechos fundamentales constitucionalmente garantizados se encuentran reglamentados o regulados hasta por normas de rango infralegal. Esto no solo quiebra la supremacía de la Constitución establecida en el artículo 51°, sino que institucionaliza un poder policial que en muchos casos viola flagrantemente el contenido esencial de los derechos fundamentales.

10.2 Requerir la presentación del documento de identidad personal cuando el caso lo amerite.

10.3 Registrar y centralizar los antecedentes policiales de las personas; así como, las requisitorias judiciales, procediendo a la anulación o suspensión de las mismas, solo por mandato escrito de la autoridad competente o cuando hayan prescrito de acuerdo a ley.

10.4 Expedir certificados de antecedentes policiales, domiciliarios, de supervivencia y otros, derivados del cumplimiento de sus funciones.

10.5 Imponer sanciones por infracciones al Código y Reglamentos de Tránsito; así como por otros motivos debidamente normados en dispositivos legales.

10.6 Realizar, con el apoyo de personal especializado, peritajes criminalísticos: balístico, químico, biológico, toxicológico, de ingeniería forense, médico, psicológico, grafotécnico, identificación humana, técnico-vehicular, contables, de evaluación de infraestructura, de voz, ocular y otros relacionados con sus funciones.

10.7 Obtener, custodiar, asegurar, trasladar y procesar indicios, evidencias y otros elementos probatorios relacionados con la investigación policial en los plazos de ley, poniéndolos a disposición de la autoridad competente.

10.8 Coordinar y cooperar con los organismos internacionales e instituciones policiales extranjeras en la prevención y represión de la delincuencia en todas sus modalidades, de conformidad con los Convenios Internacionales sobre la materia de las cuales el Perú es parte.

10.9 Ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes.

Artículo 11°.- Son facultades de la Policía Nacional, a través del Personal Policial, las siguientes:

11.1 Realizar registro de personas e inspecciones de domicilios, instalaciones, vehículos, naves, aeronaves y objetos, con apoyo de personal especializado, con autorización o con mandato judicial, salvo flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, conforme a la Constitución y la ley.

11.2 Ingresar gratuitamente a los espectáculos públicos y tener pase libre en vehículos de transporte público masivo cuando sea necesario para el cumplimiento de sus funciones. En caso de no estar uniformado, esta facultad la ejercerá con la presentación del Carné de Identidad Personal.

Directivas como las previstas en el Manual de Procedimientos Operativos Policiales dibujan una concepción etiológica del delito acorde con el paradigma del positivismo criminológico. Las técnicas de investigación «técnico-policiales» aparecen más bien en ocasiones como métodos inquisitivos en los que se parte de la culpabilidad del investigado.

En esa dirección son, por ejemplo, representativos los criterios «para determinar la condición de sospechoso»: aspecto, vestimenta inusual o actitud pre-delictiva, etc.; portar bultos, maletas, cajas, etc., particularmente en horas de la noche; evitar

11.3 Poseer, portar y usar armas de fuego de conformidad a la Constitución y normatividad legal vigente. El empleo de las armas de fuego se hará en forma racional y constituye una medida extrema en el desempeño de sus funciones, debiendo utilizarse solo cuando los otros medios disuasivos no hayan sido suficientes y se vea en peligro su vida o la de otras personas. Su empleo se sujetará al respeto irrestricto de los Derechos Humanos.

11.4 Emplear medios permitidos para el mantenimiento, la conservación y el restablecimiento del orden público.

11.5 Aislar en forma eventual y por fundadas razones de orden y seguridad, las áreas o escenarios donde se realicen concentraciones públicas.

11.6 Intervenir y citar a las personas de conformidad a los procedimientos legales establecidos.

11.7 Detener a las personas solo por mandato judicial o en caso de flagrante delito, debiendo el detenido ser puesto a disposición de la autoridad correspondiente dentro de las veinticuatro (24) horas de su detención o en el término de la distancia. La flagrancia se configura al momento de la comisión del delito o inmediatamente después de cometido.

11.8 Detener por un período no mayor de quince (15) días naturales de conformidad con las leyes aplicables, a los implicados en delitos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y otros delitos que por disposición de la ley requieran un plazo especial para su investigación, dando cuenta al Ministerio Público y al juez competente, quien podrá asumir jurisdicción antes del vencimiento de dicho término.

11.9 Intervenir como conciliador en los casos de conflicto que no constituyan delitos o faltas que alteren el orden y la tranquilidad pública, en la búsqueda de una solución consensual. El Comisario ejercerá las funciones de conciliador dentro de su correspondiente jurisdicción policial. La conciliación no tendrá un efecto vinculante entre las partes.

11.10 Investigar las contravenciones administrativas de policía, aplicando las sanciones correspondientes de acuerdo a los procedimientos establecidos.

11.11 Ejercer las demás facultades que le señalen la Constitución y las leyes.

La facultad consignada en el numeral 11.2 precedente, es extensiva al Personal de Servicios y al Personal con Estatus de Oficial, solo para el cumplimiento de sus funciones».

el encuentro con la policía, o mostrarse nervioso a su presencia; aparentar ebriedad o sueño, etc.; merodear por entidades bancarias o similares, en momentos de afluencia de público o en horas de cierre; actitud de abandono y ociosidad en calles oscuras, playas de estacionamiento, parques, etc.; comportamiento raro, actitud furtiva, etc.

Ante estos signos, el Manual policial recomienda: identificar al sospechoso; interrogarlo sobre el motivo de su presencia; arrestarlo, de no tener una explicación justificada; adoptar las medidas de seguridad que correspondan; emplear la fuerza necesaria para hacer prevalecer el imperio de la ley y/o repeler una agresión, entre otras medidas.⁷⁹

Completa este panorama la clasificación del Manual entre delinquentes negligentes, no responsables, ocasionales, sicópatas, esquizoides, neuróticos y «profesionales»,⁸⁰ reflejando con ello nada menos que una concepción de la criminalidad según los parámetros positivistas de fines del siglo XIX, conforme a los cuales el delito y el delincuente pueden explicarse causalmente, casi como producto de una predisposición sico-somática a la ilegalidad.⁸¹

Esa perspectiva se halla superada en la actualidad, especialmente con los planteamientos de la moderna criminología o criminología crítica, según la cual el delito y el delincuente son producto de las decisiones criminalizadoras del legislador y de las diferentes agencias de control penal, como la policía, el Ministerio Público o el Poder Judicial, que actúan selectivamente, asignando la negatividad de la etiqueta criminal en función del poder económico, político o social de las personas.⁸²

⁷⁹ POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. *Manual de Procedimientos Operativos Policiales*. L. cit., p. 39. Críticamente, CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit., p. 137.

⁸⁰ POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. *Ib.*, pp. 277-278.

⁸¹ Cercano en el Perú, SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Criminología. Panorama contemporáneo*. 2ª. ed. Lima 1988, pp. 391 y ss.

⁸² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. «¿Hacia dónde va la criminología contemporánea?». *Capítulo Criminológico*, N° 20, 1992, pp. 19 y ss. BACIGALUPO, Enrique. «Relaciones entre la dogmática penal y la criminología». En VARIOS AUTORES. *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pp. 65 y ss. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología*. L. cit., pp.

En todo caso, una orientación de la actividad policial como la promovida por el Manual no es otra cosa que un medio de institucionalización de la discriminación social a través del procedimiento policial y con ello la grave violación de derechos fundamentales.

Conforme al paradigma del «sospechoso», se trata pues de orientar el control contra personas que generalmente pertenecen a las clases socialmente deprimidas, de contener su actitud hacia el crimen.⁸³

Es más, si se interviene al sospechoso se debe utilizar la experiencia policial, según el Manual, «para lograr quebrar la resistencia, la serenidad o concentración mental que el detenido pudiera tener para negar la verdad de los hechos, mediante la acción coordinada de incidir psicológicamente sobre los puntos más vulnerables de su personalidad, temperamento y carácter, que permita crearle cierta inestabilidad».⁸⁴

La vulneración de derechos fundamentales favorecida por el Manual aparece descrita en algunos casos en clara contradicción con la Ley Fundamental. Así, por ejemplo, fuera de los casos de flagrancia que son los únicos permitidos por la Constitución, se acepta la detención policial «Como consecuencia del proceso de investigación policial, o cuando la naturaleza de las investigaciones lo hagan necesario», o el allanamiento domiciliario «para prestar auxilio a la justicia».⁸⁵

Estos y otros excesos parecen estar reforzados por una ética de encubrimiento. Dentro de las llamadas «Fuerzas morales de la PNP» el Manual promueve la lealtad precisando entre otros designios que «Al infidente no le preocupa lo que se piense de él después de haber faltado a su fe, ni al traidor el baldón que lo manche si a cambio de su felonía ha obtenido un provecho material, puesto que carece de nobleza y del honor».⁸⁶

66-67. CARO CORIA, Carlos. *La protección penal del ambiente*. Lima: Benites, Mercado & Ugaz, 1995, pp. 59 y ss.

⁸³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Introducción a la criminología*. L. cit., p. 193.

⁸⁴ POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. *Manual de Procedimientos Operativos Policiales*. L. cit., p. 279.

⁸⁵ *Ib.*, p. 194.

⁸⁶ *Ib.*, p. 204.

De modo similar, entre las «Reglas del espíritu de cuerpo» ordena «Procurar, en el ambiente policial, disimular las faltas en que pudiera incurrir el Jefe o colega (...), absteniéndose de emitir conceptos que lo hagan desmerecer (...)».⁸⁷

Frente a directrices de esta naturaleza y a una práctica policial que ha conducido a situaciones alarmantes desde la perspectiva de los derechos constitucionales y el Estado de Derecho,⁸⁸ no sorprende, por ejemplo, que para la Defensoría del Pueblo puede constatarse «una creciente preocupación de distintos sectores de la sociedad por los problemas de detención arbitraria y malos tratos o torturas, prácticas lamentablemente recurrentes en la actuación de las fuerzas policiales. La experiencia ha demostrado que el Ministerio Público no cuenta con los recursos y el personal suficiente para fiscalizar adecuadamente a la policía, más aun cuando la ley le encarga, paralelamente a la defensa de la legalidad, la titularidad en la investigación y ejercicio de la acción penal. En tal sentido, resulta necesario contar con mecanismos que permitan un mayor control sobre la actuación policial, que garanticen la vigencia de los derechos fundamentales o, por lo menos, contribuyan a una reducción de los niveles de afectación de tales derechos por parte del Estado».⁸⁹

En esa línea de ideas, debe destacarse un amplio espacio para las acciones de interés público en el control de la coerción policial, tanto en el sentido de reivindicar el sentido de los presupuestos constitucionales para el ejercicio de esta parcela del poder policial, como para revisar las potestades previstas en la Ley Orgánica de la Policía y su Reglamento. Asimismo, con la fuerza normativa de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, para allanar el camino a la derogación del Manual de Procedimientos Operativos Policiales y su susti-

⁸⁷ *Ib.*, p. 205.

⁸⁸ CANO GUERINONI, Gabriel. «El papel de la policía en la protección de los derechos humanos». *Thémis: Revista de Derecho*, Segunda época, N° 16, 1990, p. 37.

⁸⁹ Ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Institucionalidad democrática y ética: tareas pendientes. Tercer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. 1999-2000*. Lima 2000. ítem 2.1.1. Ver <http://www.ombudsman.gob.pe>.

tución por un instrumento que obedezca a una concepción moderna y técnica de la investigación policial, y que sea acorde con el mandato constitucional de ejercitar el poder público con las limitaciones y responsabilidades previstas en la Constitución y las leyes (artículo 45°).

3.4. Limitación de derechos de los miembros policiales

La Carta Magna estima que el adecuado cumplimiento de las funciones policiales demanda la limitación, cuando no exclusión, de determinados derechos y libertades de los miembros de la Policía Nacional.

La Constitución precisa que la Policía Nacional no es deliberante y está subordinada al poder constitucional (artículo 169°); limita el derecho de petición al ejercicio individual de (artículo 2 inciso 20); excluye los derechos de sindicación y de huelga (artículo 42°); prohíbe el ingreso al Congreso de los miembros de la policía salvo autorización del Presidente del Legislativo (artículo 98°); elimina el derecho político de los miembros en actividad de elegir o ser elegidos (artículo 34°); señala que en los casos de postulación congresal quien lo haga deberá dejarse del cargo seis meses antes (artículo 91 inciso 4), pero permite mantener el ejercicio de la función policial en caso de nombramiento como Ministro (artículo 124°).

Pero estas limitaciones, si bien pueden justificarse bajo determinadas circunstancias, no siempre han favorecido el desenvolvimiento de la función policial. Por el contrario, junto con otras condiciones, parecen haber determinado el alejamiento del instituto policial de las bases democráticas que deben inspirar a toda institución pública y especialmente a las que ostentan poder sobre las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esa dirección se ha generado un importante debate en nuestro medio en torno a la posibilidad de otorgar el derecho de sufragio tanto a los miembros de la policía como de las Fuerzas Armadas, a fin de permitirles una participación política que no debe ocultarse tras una limitación constitucional en franco retroceso dentro del derecho comparado.

Precisamente la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú ha puesto de relieve la necesidad de reconocer al máximo nivel el derecho de voto de los miembros de la Policía Nacional, aunque manteniéndose la prohibición de realizar actividades proselitistas o de participar en los partidos políticos.⁹⁰

La Comisión descarta los argumentos que vinculan la ausencia del derecho a voto con la disciplina o con el impedimento de deliberar que alcanza a militares y policías. Ello ante la simple constatación fáctica de que a varios funcionarios públicos, entre ellos los jueces y funcionarios de confianza, se les excluye de actividades proselitistas y afiliaciones partidarias, pero no del derecho al voto.⁹¹

La actual revisión del derecho de voto de los efectivos policiales abre un espacio para repensar la racionalidad de las restantes limitaciones a sus derechos previstas en la Constitución, lo que bien puede desarrollarse mediante acciones de interés público.

La desmilitarización y democratización de las Fuerzas Policiales requiere pues que avancemos hacia una concepción del policía ante todo como un ciudadano que goza de derechos y obligaciones,⁹² semejantes a los de otros funcionarios públicos, con excepción de aquellos cuya limitación sea esencial para un adecuado desempeño de sus funciones.

3.5. Sometimiento a la jurisdicción militar

La Constitución de 1993 autoriza el sometimiento de los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al fuero militar en los casos de delitos de función (artículo 173°).

Este aspecto merece especial atención porque en el Perú las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles, especialmente desde la inconstitucional definición a

⁹⁰ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. L. cit., p. 88.

⁹¹ *Ib.*, p. 86.

⁹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. «La instancia policial». L. cit, p. 14.

favor de este último de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta.⁹³

La ampliación de la jurisdicción militar al juzgamiento de civiles en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial, no encontraba ya límites cuando se la utilizó para controlar a ex-miembros de las fuerzas armadas y policiales, así como a civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas.⁹⁴ Y lo más grave, para encubrir actos de miembros de estas en agravio de bienes jurídicos no castrenses como la vida, la libertad o la integridad sico-física.

Esto último sucedió precisamente en los casos de La Cantuta y Barrios Altos que, como sido lugar común en las dictaduras latinoamericanas,⁹⁵ se pretendió dejar impunes mediante las Leyes de Amnistía —Nº 26479, de 15 de junio de 1995, y Nº 26492, de 2 de julio de ese año—, preceptos «carentes de efectos jurídicos» por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme ha declarado la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra el Estado Peruano).⁹⁶

Pues bien, la exclusión de la jurisdicción militar en los casos de violaciones de los derechos humanos es un imperativo irrenunciable. Para ello debe apelarse a una concepción restringida de delito de función que no parta de la calidad del autor, como postuló la Sala Penal «C» de la Corte Suprema de Justicia en la contienda de competencia Nº 12-97, dirimida mediante la reso-

⁹³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *La Cantuta. Crónica de la investigación fiscal*. Lima: Palestra, 1998, pp. 215 y ss.

⁹⁴ ETO CRUZ, Gerardo; LANDA ARROYO, César; PALOMINO MANCHEGO, José. «La jurisdicción militar en el Perú». En *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Grijley, 1997, pp. 379 y ss. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Institucionalidad democrática y ética: tareas pendientes. Tercer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. 1999-2000*. L. cit., ítem 8.2.4.

⁹⁵ AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung: CIELDA, 1997, *passim*.

⁹⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Amnistía vs. Derechos Humanos*. Lima, 2001, pp. 105 y ss.

lución de 18 de julio de 1997 a favor del Consejo Supremo de Justicia Militar, en el caso Leonor La Rosa. Debe partirse mas bien de los bienes afectados: son delitos de función los que lesionan o ponen en riesgo intereses estrictamente militares.⁹⁷

En este sentido, para la Defensoría del Pueblo sería adecuado proponer una precisión conceptual sobre la expresión «delito de función», utilizada en la Constitución y en los demás cuerpos legales, con la finalidad de restringir su aplicación.

El concepto expuesto por el artículo 14° del Código Procesal Penal de 1991 responde a una definición de delito militar que resulta razonable adoptar. La justicia militar debe estar limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En consecuencia, los delitos comunes cometidos por un militar o policía siempre deberán ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. De esta manera, se postula una definición de delito de función sobre bases reales y no personales, en la medida que se trata de delitos especiales propios que afectan un bien jurídico público vinculado a la institución castrense.⁹⁸

Sobre esta base se hace necesaria una depuración del catálogo de delitos del Código de Justicia Militar. El Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia Militar,⁹⁹ de julio de 2001, no va en esa orientación pues aún concibe el fuero militar como una extensión de las Fuerzas Armadas, sin incardinarlo dentro de la organización del Poder Judicial.

Igualmente, cifra el concepto de delito de función al margen de la necesidad de agravio a intereses militares o policiales (numeral V del Título Preliminar). Esto tiene su correlato en la parte especial del Proyecto de Código de Justicia Militar,¹⁰⁰ que prevé como delitos castrenses verdaderas violaciones a los derechos humanos, según puede verse en los artículos 191° y si-

⁹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. L. cit., pp. 103-105.

⁹⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*. Lima 1998, cuarta parte, ítem 2.b. Ver <http://www.ombudsman.gob.pe>.

⁹⁹ Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 1 de julio de 2001.

¹⁰⁰ *Ib.*

guientes que tipifican las formas del llamado «abuso de autoridad».

Los delitos contra los derechos humanos, precisa a su vez la Defensoría del Pueblo, siempre deberían ser de competencia de la justicia común: «Hay un conjunto de delitos que están adquiriendo el *status* de crímenes internacionales, por vulnerar derechos fundamentales que afectan principios comunes o *jus cogens* reconocidos por la comunidad de naciones, como por ejemplo, los delitos de detención arbitraria, torturas, desaparición forzada o genocidio. En estos casos, los bienes jurídicos vulnerados son personalísimos; el afectado con la conducta no es, en primer término, la institución castrense, sino la persona. Aquí por consiguiente, no debe tomarse en consideración para la definición de la naturaleza jurídica del delito si el sujeto activo es militar en actividad o si cumplía órdenes o si la conducta la realizó como correlato del servicio o con ocasión de él, sino la esencialidad de la conducta perpetrada y el bien jurídico vulnerado. En este aspecto, constituye un importante avance lo dispuesto por la Ley N° 26926, que establece que los delitos de tortura, desaparición forzada y genocidio se juzgan ante el fuero común».¹⁰¹

Aquí se tiene por lo tanto otra parcela para la instauración de acciones de interés público, se trata de promover una contracción del fuero militar a los delitos de función cometidos por la policía; a la par de perseguir que sus delitos comunes, aunque no violen directamente los derechos humanos, sean perseguidos ante la jurisdicción ordinaria.

4. Hacia una reforma integral de la Policía Nacional

Como puede apreciarse tras esta breve revisión, la crisis de la institución policial abre una serie de espacios para la participación ciudadana mediante acciones de interés público, participación que incluso es deseada por el propio órgano policial.¹⁰²

¹⁰¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú*. L. cit., cuarta parte, ítem 2.f.

¹⁰² Ver <http://www.pnp.gob.pe>.

Ahora bien, existe concordancia en que la crisis policial no puede apreciarse en nuestro medio como un hecho aislado sino como parte de la propia crisis del Estado. Ante ello no puede pensarse únicamente en soluciones coyunturales o parciales sino en la necesidad de proyectar una reforma integral de la policía. Esta no equivale a un cambio radical de la noche a la mañana, sino progresivo, a través de la implementación de un programa de mediano o largo plazo en el que se comprometa la participación del Estado —especialmente de sus agencias penales— y de la colectividad.

Para llevar adelante esta tarea resulta fundamental implementar medidas de corto plazo, por ejemplo en los ámbitos mencionados en el numeral 3 de esta contribución.

En esa dirección, precisa la Defensoría del Pueblo, debería considerarse como criterio el fortalecimiento de la Policía Nacional y su adecuación a las nuevas formas de delincuencia, remarcándose las tareas preventivas y su condición de prestadora de un servicio público de protección. Para ello, urge revisar las condiciones de trabajo de sus miembros, en sus aspectos logísticos, patrimoniales y de ejercicio de sus derechos.¹⁰³

Empero, una reforma de mediano y largo plazo requiere todavía contar con estudios empíricos que pongan de relieve la funcionalidad real del subsistema policial,¹⁰⁴ a fin de identificar y remover los principales factores que impiden una actuación democrática y acorde plenamente con el Estado de Derecho. En esa perspectiva deberá recurrirse a mecanismos de prevención del abuso policial, como el afianzamiento del código de conducta, y a tareas bastante alejadas de la concepción militarizada de la función policial, por ejemplo la atención a la víctima.¹⁰⁵

¹⁰³ Ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Análisis de los Decretos Legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley N° 26955*. Lima, 1998, ítem IV, *in fine*. Ver <http://www.ombudsman.gob.pe>.

¹⁰⁴ En esa perspectiva se incardinan, por ejemplo, los estudios publicados en *Pena y Estado*, N° 3, 1998, sobre policía y sociedad democrática, realizados por varios autores latinoamericanos.

¹⁰⁵ PETERS, Tony. «La Policía y las víctimas del delito». En VARIOS AUTORES. *V Taller sobre Justicia y Derechos Humanos*. Lima: CEAS, 1991, pp. 301-308.

INTERÉS PÚBLICO Y LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL

GORKI GONZALES*

a Joseph Thome

1. Presentación
2. Poder Judicial e institucionalidad política:
¿relaciones peligrosas?
3. Interés público y legitimidad del Poder Judicial
4. Reflexiones finales

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la PUCP. Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional.

1. Presentación

Es propósito principal de este trabajo identificar el papel que cumple el Poder Judicial en el desarrollo de la institucionalidad democrática, como argumento central para su legitimidad en el Estado constitucional. Se sostiene, en tal sentido, que la finalidad del Poder Judicial no se describe de manera suficiente ni se agota, como tal, en la función de resolución de conflictos.

Las consideraciones expresadas en el párrafo anterior adquieren especial importancia en el caso peruano y suscitan, como punto de partida, las siguientes interrogantes:

- a) Desde una perspectiva histórica, la idea de la división de poderes tanto como la noción misma del poder atribuido al Poder Judicial pueden ser materia de un escrutinio preciso, cuyo arribo permitiría atenuar la caracterización de la función judicial como Poder. Cabe preguntar por ello: ¿cuál es el lugar asignado al Poder Judicial en el escenario político institucional del país?
- b) ¿Qué relevancia ha tenido la noción de ciudadanía para el Poder Judicial?, o bien ¿qué posición ha asumido frente a la defensa de derechos y libertades públicas?
- c) ¿Cómo ha incidido la relación entre Poder Judicial y ciudadanía en el desarrollo de la institucionalidad democrática en el Perú? ¿qué influencia ha tenido en la delimitación de sus márgenes de legitimidad?

2. Poder Judicial e institucionalidad política: ¿relaciones peligrosas?

La función judicial en el Perú ha demostrado estar bastante lejos del paradigma que en teoría se le asigna como Poder del Es-

tado, esto es, como entidad con autonomía e independencia,¹ responsable de la solución de las controversias en términos de imparcialidad, con la misión de proteger los derechos y libertades públicas.² Su propia imagen a lo largo de la historia de la república difícilmente refleja tales atributos. Ni siquiera en sus arribos más lúcidos, como autoridad para resolver conflictos, se percibe con nitidez la presencia de un Poder caracterizado como tal en la lógica del Estado de Derecho.

La pregunta de fondo es entonces la relativa al poder atribuido a la función judicial. En otras palabras, ¿es posible argumentar la existencia de poder en una entidad sometida por la fuerza a una práctica hegemónica? ¿Qué clase de poder podría derivar de dicho contexto? En todo caso, esta clase de poder, ¿es suficiente para caracterizar a la función judicial como Poder del Estado?

En realidad no existe un ámbito de la vida social ajeno en su configuración al influjo del poder,³ definido como la capacidad para determinar la conducta de los otros. Por esta razón, el problema fundamental del mismo radica en la legitimidad sobre la que recae la capacidad de formular órdenes de carácter vinculante, o bien en la obediencia como reconocimiento de la autoridad. En tal sentido, llevada a la práctica de los ordenamientos

¹ En el más reciente estudio de casos judiciales se ha sostenido que las decisiones del Poder Judicial y del Ministerio Público se inscriben dentro de la línea general de decisiones del poder político. Ver RUBIO CORREA, Marcial. *Quítate la venda para mirarme mejor. La reforma judicial en el Perú*. Lima: Desco, 1999, p. 42.

² A partir de un balance de las resoluciones judiciales emitidas en los procesos de hábeas corpus en el Perú entre los años 1996 y 1997, se ha demostrado la poca relevancia del Poder Judicial en su participación como garante de los derechos fundamentales en el Perú. Ver GONZALES MANTILLA, Gorki. *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad Diego Portales de Chile, pp. 122-124.

³ En efecto, «el poder puede ser reconducible a una gama vastísima de fenómenos sociales, desde los núcleos domésticos más elementales y originarios, fundados sobre la autoridad del *padre de familia*, hasta las formaciones sociales más complejas, como por ejemplo los Estados burocráticos modernos». Ver D'ATTORRE, Alfredo. «Le basi teoriche della sociología del potere di Max Weber». *Filosofía Política*, Anno XIV, N° 2, agosto 2000, Bologna, p. 232.

políticos, esta perspectiva ofrece dos tipos diferentes de expresión:⁴

- 1) El poder como el resultado de una relación instrumental antes que un atributo inherente a los actores. Desde este punto de vista, el poder se establece a través de un proceso de negociación e intercambio en función de los argumentos y la posición que ocupan las partes en el ordenamiento político y social, lo que se traduce en la mayor fuerza y la obtención del beneficio para una de ellas.⁵
- 2) El poder como el resultado del simple ejercicio de la fuerza (por la vía de los hechos), en cuyo caso se presenta como una realidad unidimensional, en la cual es una sola voluntad la que se impone y convierte a la otra en simple objeto de aprehensión. De este modo, la obediencia deviene como resultado de la carencia absoluta de libertad para oponerse a la opresión y la violencia.

El primer cuadro describe un contexto político en el que existe una actividad cultural reglamentada —reconocida y aceptada por las partes— para la disputa de los derechos y poderes.⁶ En esta línea, que es la del Estado constitucional, el poder implica una relación delimitada por la necesidad de justificar aquello que se defiende, en forma coherente con los principios que rigen la actuación del poder (o intereses) para las partes involucradas.

⁴ Seguimos en esta distinción a GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Santafé de Bogotá: Ediciones Unian-des, 1997, p. 69.

⁵ Esta perspectiva, por lo demás, se vislumbra ya en el pensamiento de Max Weber. Al respecto, sostiene: «(...) el poder no significa que una irresistible fuerza de la naturaleza se abre espacio de cualquier modo, sino que hay una referencia dotada de sentido por el obrar de una las partes (comando) a la otra (obediencia) y, vice-versa en modo correspondiente, de modo tal que en medio se tiene en cuenta la verificación de las expectativas que orientan el obrar de ambas partes». En ROSSL, C. di P. *Il metodo delle scienze storico-sociali*. Turín: Einaudi, 1958, p. 279.

⁶ ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 36-38.

La relación entre función judicial y poder que surge de este contexto se explica mejor en la siguiente perspectiva: son poderes del Estado, las instituciones con relevancia constitucional —que se concretan en estructuras organizativas plurifuncionales— y competencia para desarrollar actividades que traducen las diversas funciones del Estado.⁷ En esta línea, con el término función se alude a una serie de actividades que permiten la subsistencia del ordenamiento institucional en su conjunto.⁸ La judicial es una de ellas y consiste en la capacidad atribuida y garantizada a un tercero —el juez— para que, en el ámbito del ordenamiento jurídico, éste pueda adoptar decisiones vía la interpretación y en relación con los principios de orden constitucional, con el fin de resolver un conflicto o *litis*.⁹ Este tercero «imparcial», debido al poder —institucionalmente— reconocido que ostenta, se encuentra en una posición que le permite, a través de sus decisiones, vincular el comportamiento de las partes.

El segundo caso, en cambio, define un tipo de ordenamiento político cuya autoridad se justifica casi ontológicamente: el poder como atributo inherente del más fuerte. En esa dirección se asume que el ejercicio del poder descansa en una concepción del bien superior a la sostenida por cualquier grupo, representante o ciudadano cuya posición sea contraria o simplemente diferente,¹⁰ tal como se observa en el régimen instaurado en el Perú el 5 de abril de 1992. Producto de lo anterior se cierra el círculo, pues la estructura política viene modelada por los atributos —intereses concretos— del régimen y es impuesta por la fuerza.

Situados en este ámbito la relación entre función judicial y poder presenta un carácter distinto. En tanto las instituciones estatales llevan impreso el sello del poder hegemónico del régimen, las funciones describen esta realidad política que, por

⁷ SILVESTRI, Gaetano. *Giustizia e Giudici nel Sistema Costituzionale*. Torino: G. Giapicheli Editore, 1997, pp. 60-63.

⁸ SILVESTRI, Gaetano. Ob. cit., p. 15.

⁹ SILVESTRI, Gaetano. Ob. cit., p. 21.

¹⁰ ACKERMAN, Bruce. Ob. cit., pp. 43-44.

cierto, admite ciertas formalidades inocuas como veremos luego. Mas, en lo sustantivo, las actividades desarrolladas por estas funciones antes que representar intereses constitucionales protegidos —lo que justificaría su condición de poder del Estado—, abren espacios de actuación a los intereses del régimen. De este modo, es del régimen que lo judicial adquiere poder para su desarrollo. Esto se explica desde que el gobierno concentra la toma de decisiones políticas y hace uso de todos los medios a su alcance para que las instituciones cumplan fines específicos. Así, el poder de las instituciones públicas, como el caso de la judicial, no tiene un vínculo necesario con los valores constitucionales y la legitimidad de su ejercicio. En tal sentido, o bien se articula a la propia legitimidad de un régimen cuya base de actuación es la fuerza; o, en el mejor de los escenarios, se manifiesta como un poder cuya legitimidad es de tipo residual. Este doble carácter convierte a lo judicial en un componente estratégico del régimen. Es decir, el poder del que dispone está predefinido por la voluntad y necesidades del gobierno; o bien, la idea de una función judicial independiente es una posibilidad intermitente y de alcance limitado, de cuya inercia proviene la capacidad de juzgar, es decir, la posibilidad de declarar este tipo de poder en los casos que son sometidos a su jurisdicción.

Se prefigura así la noción de un órgano judicial en el que la cualidad de Poder se expresa con una muy baja intensidad,¹¹ que en ciertos períodos de la historia llegó a ser imperceptible

¹¹ Establecemos una perspectiva diferente de la sostenida por PÁSARA, Luis. *Jueces, justicia y poder en el Perú*. Lima: CEDYS, 1982. En efecto, en este trabajo, ya clásico dentro de la bibliografía sobre el problema de la administración de justicia, se sostuvo que «Cuando se examina el peso del Poder Judicial en la sociedad peruana, se tiene la impresión de que ese peso ha disminuido notoriamente. Por ejemplo, no permanece el decisivo rol que jugó la Corte Suprema en los procesos electorales de fines del siglo pasado y comienzos de este». Sin embargo, sólo como un indicador de que esta perspectiva puede ser claramente matizada, se recuerda que apenas iniciada la república, el 29 de octubre de 1844, el Prefecto del departamento de Lima ordenaba que fueran separados de sus cargos varios vocales de la Corte Suprema y algunos otros de la Corte Superior (*El Comercio*, 29 de octubre de 1844). Como se observa, entonces, la idea de un poder devaluado no caracteriza con precisión los atributos del Poder Judicial ni siquiera en sus inicios.

o casi nula, tal como ha ocurrido durante la última década donde el órgano judicial fue un sistema vinculado intensamente a las necesidades políticas del régimen¹² y a los intereses de determinados grupos de poder.

Pues bien, esta característica de la función judicial en el Perú se encuentra vinculada a los valores y procedimientos empleados para construir la institucionalidad política. Sobre el particular es posible asumir que:

- a) Cuando la institucionalidad es el resultado de procesos de deliberación ciudadana, la función judicial cumple un lugar preponderante en el plano institucional y está dispuesta para reafirmar o perfeccionar la voluntad ciudadana a través de la protección de los derechos y libertades públicas.
- b) Por el contrario, si las instituciones políticas son un producto de la imposición del poder político antes que de la deliberación pública, las políticas y normas derivadas de ellas apuntarán a resguardar intereses concretos diversos del interés ciudadano.

Precisamente, las reglas y procedimientos que fijan las relaciones políticas en el Perú han sido moldeados al calor de procesos de exclusión social bajo el auspicio de regímenes autoritarios¹³ —con escasas excepciones— a lo largo de la república.

¹² Sólo como referencia reciente ver «Building on Quicksand. The collapse of the world Bank's Judicial Reform Project in Peru». Documento del *Lawyers Committee for Human Rights*, Abril, 2000. En este documento se afirma: «(...) in cases in which the government was a party, the Fujimori government gave the appearance that it was seeking to control the outcome by arranging favorable judicial decision-making», p. 13.

¹³ Los regímenes autoritarios propician sistemas políticos caracterizados por la represión, intolerancia y la usurpación de los derechos individuales y libertades ciudadanas. Asumen varias formas y usan diversos mecanismos para asegurar, con mayor o menor grado de éxito, su hegemonía en la sociedad. Para mantener un régimen autoritario, los líderes buscan el mayor apoyo y acuerdos posibles con el «sistema», pues el Estado no puede mantenerse todo el tiempo a través del uso de mecanismos coercitivos. En tal sentido, compitiendo con otras autoridades del sistema, los líderes en cuestión procuran cooptarlas o inhabilitarlas con el fin de concentrar el poder. Ver HENDERSON, Lynne. «Authoritarianism and the Rule of Law». *Indiana Law Journal*, Volume 66, 1991, p. 396.

Más aun, debido a la escasa presencia ciudadana en la articulación de la institucionalidad política, esta última difícilmente alberga la influencia de una entidad ciudadana-pública.¹⁴

No obstante el reconocimiento formal o positivo de derechos, la ciudadanía no se ha logrado configurar como un valor institucional. Es por ello que la función judicial tampoco desempeña un papel relevante en la perspectiva de la protección de los derechos y libertades públicas, pues este asunto no representa una prioridad desde el punto de vista de la institucionalidad política. En otras palabras, no se valora la existencia de una voluntad ciudadana que deba ser reafirmada o perfeccionada. De aquí se deriva la baja intensidad como cualidad del poder que identifica al órgano judicial.

3. Interés público y legitimidad del Poder Judicial

Ahora bien, el divorcio entre el interés ciudadano y los intereses que motivan la actuación judicial es la causa de la escasa legitimidad del órgano judicial. Hablamos entonces de crisis de representación política no sólo para referirnos al déficit atribuible al Ejecutivo y al Legislativo. La falta de conexión entre la voluntad ciudadana y las decisiones de los representantes políticos atañe igualmente a los jueces, pues sus fallos conectan el

¹⁴ Es preciso recordar que desde sus inicios republicanos, la institucionalidad política en el Perú no ofrece un cuadro orgánico de construcción de la sociedad y del Estado, sino un esquema político de desintegración y fragmentación que persiste en el desarrollo de una estructura social excluyente y estamental. Es posible afirmar por ello que la república en el Perú no se gestó a partir de una convicción pública sobre la pertenencia de los habitantes del país al Estado-nación que se pretendía fundar y, en consecuencia, fue muy débil la participación de los miembros de la comunidad en la definición de las reglas y derechos que conformaron el marco institucional y el sistema para la distribución de los beneficios económicos, políticos y morales. El Estado-nación, en suma, surgió como un instrumento para mantener la hegemonía de la élite criolla en función de un arbitrario cálculo de intereses. Ver BERNALES, Enrique. *Parlamento, Estado y Sociedad*. Lima: DESCO, 1981, Serie Publicaciones Previas, N° 4, pp. 31 y ss. En el mismo sentido, ABUGATTAS, Juan. «Ideología de la emancipación». En ADRIANZÉN MERINO, Alberto (ed.). *Pensamiento Político Peruano*. Lima: DESCO, 1987, pp. 68-69.

interés privado¹⁵ con el interés público,¹⁶ el cual aparece entonces como una respuesta urgente para re-establecer el vínculo entre la institucionalidad jurídico-política hegemónica por el Estado y el interés de la ciudadanía. Así la defensa de los derechos ciudadanos, tanto como las estrategias orientadas a preservar o reformar las instituciones político-jurídicas son inherentes a esta noción de interés público.

Creemos, por tanto, que la respuesta al problema de la legitimidad democrática del Poder Judicial no se agota con la atribución de mayores dosis de independencia al mismo. Más bien la poca relevancia concedida al interés ciudadano y la prevalencia arbitraria de ciertos intereses podría legitimarse con el argumento de la independencia, sea porque las decisiones judiciales resulten únicamente del diálogo entre los jueces y las normas —en consecuencia, cualquier tipo de crítica o control resultaría irrelevante, pues la imparcialidad de los fallos vendría implícita—; o bien, porque en el fondo, las decisiones podrían albergar la protección de ciertos valores cuyo predominio resulte de la imposición arbitraria de intereses —en cuyo caso, igualmente, la independencia bastaría para legitimar la decisión, pese a que la decisión pudiera resultar contramayoritaria e injusta—.

¹⁵ Lo privado se refiere aquí al espacio conformado por los actos de las personas en el ejercicio de su autonomía individual y libertad, para obrar sin interferencia del Estado o la comunidad siempre que no se ocasione o vulnere derechos de terceros. Un conflicto es la expresión de esto último, es decir, del daño real o potencial de un derecho de tercero, y lleva consigo en forma implícita la trasgresión de una regla de carácter público. La función jurisdiccional se encarga de re-armonizar esta ruptura. Sobre la definición de privacidad ver NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 327.

¹⁶ Se asume *lo público* como el espacio generado en el seno de la comunidad que el Estado moderno se encargó de expropiar y absorber, para luego determinar su contenido e identificarse arbitrariamente con él. Sin embargo, el pluralismo social y político, la construcción de centros de poder alternativos en la sociedad civil, así como el desarrollo de la jurisdicción supraestatal, impactaran sobre la construcción que subordina el interés público a la entidad estatal, haciendo que esta no pueda erigirse ya como realidad política operante en todo ese contexto. Ver ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 11.

Este carácter contramayoritario de la actuación judicial, reflejado socialmente en su escasa aprobación, está vinculado al diseño del sistema político y al rol que la ciudadanía desempeña en este contexto. Por lo tanto, la imparcialidad es un principio que no puede quedar únicamente subordinado a la existencia de jueces cuya actuación esté regida por la independencia. La garantía de que el Poder Judicial ocupe un lugar preponderante en el plano institucional —tutelando los derechos y libertades públicas—, guarda relación directa con la existencia de un sistema político articulado por el interés de la ciudadanía en un proceso de deliberación dinámico, plural y permanente.

Es de asumir que un proceso deliberativo implica la existencia de un sistema político que permita proteger no solamente los intereses privados, ni solamente fijar las pre-condiciones para la lucha entre los diversos grupos de interés. Un proceso de este tipo debe buscar, más bien, asegurar que las decisiones políticas resulten respaldadas por razones e información suficiente,¹⁷ de modo que a través de él sea posible justificar los valores fundamentales que integran el debate de las leyes que el gobierno incorpora a la vida pública. Nos referimos en tal sentido a un proceso de mutua justificación ciudadana que no equipara las razones a simples procedimientos de mayorías o minorías, ni las reduce a simple discurso por más sustantivo que este sea.¹⁸

Pues bien, la existencia de una comunidad como tal depende de que en ésta se respeten los derechos de las personas. Esto sólo es factible cuando los derechos presuponen la posibilidad conceptual de ser una forma alternativa de regular la lucha por el poder, «una forma por medio de la cual las demandas de recursos escasos son resueltas a través de una actividad cultural reglamentada en la cual la pregunta sobre la legitimidad se

¹⁷ Ver SUNSTEIN, Cass. En Presentación a GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Buenos Aires: Editorial Ariel, 1996, p. 7.

¹⁸ Al respecto ver GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. «Why deliberative democracy is different?». *Social Philosophy & Policy Foundation*. Volume 17, Number 1, 2000, pp. 161-162.

contesta con un esfuerzo de justificación»¹⁹ que en última instancia tendrá que ser asumido por el Poder Judicial.

Por ello, la tarea de los jueces en una democracia está incluida como parte del propio sistema de legitimidad institucional, en tanto los fallos o resoluciones permiten que los mecanismos de ese sistema cobren vida en forma permanente y dinámica.²⁰ De este modo, la ruta por la que debe transitar la búsqueda de legitimidad del Poder Judicial, requiere de un sistema político construido a partir de procedimientos y mecanismos de control —más allá de la clásica división de poderes— impregnados intensamente de lo público.

Como se ha dicho, sin embargo, es probable que los intereses predominantes en el diseño inicial del Poder Judicial, tanto como el sistema de articulación de los mismos, marcaran la brecha que la historia republicana posterior se encargó de profundizar aún más. Una institucionalidad alejada del interés ciudadano mayoritario (recuérdese que la ciudadanía fue una categoría de exclusión social durante el siglo XIX),²¹ produce un Poder Judicial sujeto a voluntades políticas que lo subordinan y a la necesidad de desarrollar una práctica discursiva con la cual transfiere a esos mismos poderes su razón de existir en el Estado democrático: proteger los derechos y libertades públicas, en pos de reafirmar o perfeccionar la voluntad ciudadana. Las consecuencias de esto terminarán erosionando las bases mismas del sistema democrático, vaciándolo de contenido. El inte-

¹⁹ Ver ACKERMAN, Bruce *La justicia social en el Estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 38.

²⁰ Ver SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 53.

²¹ Con la república los indios dejaron de ser vasallos de la corona de Castilla, pero en la práctica su incorporación a la ciudadanía difícilmente pudo tener vigencia pues los requisitos establecidos por la Constitución de 1823 (artículos 17º, 22º y 24º) significaron más bien prohibiciones con una clara determinación. Saber leer y escribir, ser propietario, ejercer cualquier profesión o arte con título público, no ser siervo ni jornalero se configuraron como condiciones que privaron de la ciudadanía a la mayoría de la población. Este marco normativo subsistió con matices en las Constituciones de 1826, 1828, 1839, 1856, 1860 y 1933. En GONZALES, Gorki. *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 30.

rés del régimen —que se presenta como interés público— será la medida para orientar la actuación del Poder Judicial sin que exista la posibilidad de que sus decisiones puedan ser objeto de deliberación por parte de los destinatarios.

Lo anterior encuentra un significado relevante durante lo acontecido a lo largo de la última década. El modelo neoliberal implantado²² en el Perú con el régimen actual ha tenido un impacto contradictorio en las instituciones públicas: la idea de que el sistema político resulte funcional a los objetivos económicos, suponiendo que con ello se habría de fortalecer el Estado de Derecho,²³ ha hecho posible más bien su erosión y destruc-

²² El programa de reforma económica llevado a cabo por el gobierno, en los términos de su principal mentor y gestor, el Ministro de Economía Carlos Boloña, es un fiel reflejo de principios fundamentales que provienen de la Escuela de Chicago. Ver BOLONA BERH, Carlos. *Cambio de Rumbo. El programa económico para los 90*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado San Ignacio de Loyola, 1993, p. 42.

²³ Para el entonces Ministro de Economía las reformas estructurales de la economía eran los cimientos del nuevo ordenamiento. Un ordenamiento en el que la democracia se caracteriza por ser «un sistema que permite que el gobierno se adapte a los deseos de los gobernados sin recurrir a la violencia. Para ello, se utilizan elecciones, representaciones y normas constitucionales que limitan el uso del poder, incluso de las mayorías». BOLONA BERH, Carlos. *Cambio de Rumbo*. Ob. cit., p.40. Para el mismo Boloña, la democracia coincide con el liberalismo y es la forma de gobierno que más afín resulta con esta doctrina. «El programa del liberalismo está sintetizado en la palabra "propiedad"; en particular en lo relativo a la propiedad de los medios de producción (...) Los seres humanos son y serán siempre desiguales. Pensar en una igualdad en la distribución del ingreso y la riqueza es utópico y al final se acaba fabricando más pobres (...). El Estado es el aparato social de la compulsión y coerción, que induce a los individuos a respetar las reglas de la convivencia en una sociedad». Ver BOLONA BERH, Carlos. *Lecciones de Economía*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado San Ignacio de Loyola, 1993, p.12. Todo lo anterior explica entonces que el citado Ministro decida participar del régimen dictatorial implantado desde el 5 de abril de 1992. La fractura del sistema democrático no constituye problema mayor para su decisión. Así, en la carta de renuncia —que no fue aceptada, pues el Ministro continuó en el cargo— dirigida al presidente Fujimori el 20 de abril de 1992, es decir, 15 días después del golpe de Estado, Boloña afirma: «El 5 de abril del presente año, usted señor Presidente, se dirigió a la Nación para poner en su conocimiento la decisión de disolver el Congreso de la República y reorganizar el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal de Garantías Constitucionales y la Contraloría General de la República». Boloña, parece compartir sin restricciones «el sustento de tan importante decisión», esto es, «la amenaza que significaba para la democracia y la estabilidad económica del país la acción del terrorismo, del narcotráfico», y lo que es más curioso, un con-

ción.²⁴ En ese contexto, el Poder Judicial, cuya suerte no ha sido diferente, se revela como un caso particular pues su irrelevante incidencia en el desarrollo institucional de la democracia fue curiosamente el argumento usado para sostener la necesidad de reformarlo²⁵ e intervenirlo.²⁶

En efecto, la crisis del Poder Judicial fue la justificación para reformarlo con el anuncio de convertirlo en una entidad que propicie el desarrollo de los derechos ciudadanos, de este modo se intervino abiertamente en la toma de decisiones sobre políticas inherentes al órgano judicial (nombramientos, destitucio-

cepto de la democracia de muy baja intensidad se evidencia cuando admite, igualmente, como causa justificatoria del golpe la amenaza que «una facción política, a través del control que ejercía sobre algunas instituciones democráticas, pretendía desmantelar el programa de Reformas Estructurales, mediatizar la reinserción mediante el ataque a los grandes inversionistas extranjeros y afectar la estabilización al generar un clima de inestabilidad jurídica». En BOLAÑA, Carlos. *Cambio de Rumbo. El programa económico para los 90*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado San Ignacio de Loyola, 1993, p. 41 y Anexo IIB.

²⁴ Una de las expresiones más claras de esta realidad ha sido puesta de manifiesto por el Informe Preliminar del Secretario General de la Misión de Observación Electoral de las Elecciones Generales del Perú (año 2000) OEA. En este documento se sostiene que: «Después de casi tres meses de trabajo continuado en el Perú, la Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos (MOE/OEA), emitió su calificación de estas elecciones generales, señalando que de acuerdo a los estándares internacionales, el proceso electoral peruano está lejos de ser considerado como libre y justo». Precisamente, este balance, como sostiene el mismo informe, es producto de un ámbito histórico de ocho años de cambios legislativos e institucionales fuertemente cuestionados por la oposición.

²⁵ El panorama es ciertamente complejo, pues se advierte que la reforma judicial forma parte de un proceso de reforma legal en América Latina que tuvo como fundamento común el contribuir a: i) crear un ambiente que asegure el proceso de modernización y globalización de la economía, caracterizado por un sistema de libre mercado y búsqueda de la eficiencia en el intercambio; ii) afianzar el sistema democrático y el Estado de Derecho como base para la consolidación de instituciones democráticas, con sistemas legales transparentes, responsabilidad hacia las demandas sociales y accesibilidad para los sectores sociales menos favorecidos: un sistema articulado para garantizar la defensa de los derechos ciudadanos y al mismo tiempo eficiente para la prevención y punición de las actividades delictivas. Ver THOME, Joseph R. «Heading south but looking north: globalization and law reform in Latin American». *Wisconsin Law Review*. Special Issue. Volume 2000, Number 3, pp. 691-692.

²⁶ A la vez que anunciaba el autogolpe, el presidente Fujimori se expresaba del Poder Judicial en los siguientes términos: «La administración de justicia ganada por el

nes,²⁷ cambios, creación de despachos judiciales, etc.). En los hechos, estas mismas medidas, tuvieron, sin embargo, una evolución contraria al discurso permitiendo que el Ejecutivo expropié la función jurisdiccional,²⁸ convirtiéndola en una extensión articulada a sus aprehensiones y «necesidades urgentes».

4. Reflexiones finales

Este escenario plantea la necesidad de repensar las bases del Poder Judicial en la perspectiva del fortalecimiento del propio sistema democrático. La función del Poder Judicial en un sistema político en el que existan mecanismos de deliberación efectivos, puede contribuir de manera directa al desarrollo del propio interés público y, con ello, tener incidencia en el desarrollo de una institucionalidad realmente democrática. En esa dirección se proponen las siguientes premisas como reflexiones finales o más bien como hipótesis de investigación:

- a) Se asume que lo público es el espacio ciudadano a través del cual se establecen las reglas del sistema político y los derechos de las personas. En él se delibera sobre los criterios para la asignación de cargas y beneficios y se determinan los principios que regirán los mecanismos de solución de con-

sectarismo político, la venalidad y la irresponsabilidad cómplice, es un escándalo que permanentemente desprestigia a la democracia y a la ley. El país está harto de esta realidad y desea soluciones. Quiere un sistema de justicia eficaz y moderno que constituya plena garantía para la vida ciudadana. No quiere más feudos de corrupción allí donde debiera reinar una moral intachable (...) la corrupción y la infiltración política ha llegado a tal grado que se da en todas las instancias del Poder Judicial (...).» *Diario Oficial El Peruano*, Lima, lunes 06 de abril de 1992, pp. A2-A3.

²⁷ A los pocos días de producido el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, el gobierno de facto, a través de los decretos leyes 25422, 25425, 25442, 25443, 25446, 25471, 25492, 25529, 25580 y 26118 cesó de la carrera judicial a 134 magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Posteriormente, mediante Decreto Ley 25454, se consuma la intromisión estableciendo la improcedencia de las acciones de amparo que pudieran interponerse para impugnar la aplicación de dichos decretos.

²⁸ La carencia de respuesta de la judicatura peruana que sobrevivió a la purga del autogolpe es un ejemplo de ello. No hubo un solo pronunciamiento judicial afirmado en los principios constitucionales, aún vigentes desde la perspectiva del régimen dictatorial.

flictos. El interés público se articula y construye por efecto de la voluntad ciudadana y el proceso deliberativo que ello implica. En tal sentido, se afirma que el Poder Judicial es una importante vía para el desarrollo del interés público, pues a través de la protección de los derechos y libertades, contribuye a perfeccionar, reafirmar y desarrollar la voluntad ciudadana que está en la base de aquél.

- b) En efecto, a través de la función jurisdiccional se articulan las demandas ciudadanas con las instituciones políticas del Estado.²⁹ Esta articulación es posible porque los jueces deben producir acuerdos en medio de profundas contradicciones sociales y pluralismo político. Si los conflictos o litigios son la expresión de ese contexto, las respuestas elaboradas desde la función jurisdiccional se construyen a partir de los principios políticos fundamentales de la sociedad. Dicho de otro modo, a través de la función judicial se conectan e integran las esferas de lo privado y lo público. Como resultado de ello, se amplía el margen de estabilidad social y se reafirman las coordenadas institucionales del sistema democrático.³⁰
- c) En tercer lugar, en la medida que los derechos y libertades públicas tengan canales de expresión y garantías efectivas, la voluntad ciudadana será más eficaz para lograr instituciones políticas consistentes con el sistema democrático. Por lo tanto, gracias a la relación entre Poder Judicial e interés público, el sistema político en su conjunto puede ver incrementado su margen de legitimidad democrática.³¹ De este modo,

²⁹ Al respecto ver SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1998, pp. 4-6.

³⁰ En efecto, la función judicial cumple una difícil tarea de «intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales)». Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 149.

³¹ Como se ha dicho anteriormente, la legitimidad de un sistema radica en que las reglas que le dan vida sean materia de un proceso continuo de justificación mutua entre ciudadanos libres e iguales en oportunidades. En ese contexto, las respuestas del Poder Judicial como producto de ese mismo proceso son una importante fuente de estabilidad social y una vía para demostrar la identificación de la ciudadanía

la función judicial cumpliría un papel básico al contribuir a la integración del proceso deliberativo ciudadano y la institucionalidad política.

- d) Finalmente, la función judicial encuentra en estas consideraciones —es decir, en: i) la posibilidad de contribuir al desarrollo del interés público; y ii) la capacidad de integrar el proceso deliberativo de la ciudadanía con la institucionalidad política—, su fuente de legitimidad³² más importante en el Estado democrático. Sin embargo, este cuadro se encuentra estrechamente vinculado a la propia configuración del sistema político y a la ubicación asignada al Poder Judicial en ese contexto.

con el sistema legal y con la democracia como un todo. Ver SUNSTEIN, Cass. R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1998, p 6.

³² El problema de la legitimidad del Poder Judicial ha sido objeto de diversos enfoques: desde posiciones formalistas se ha sostenido que la legitimidad radica en la vinculación de los fallos a la ley, también se ha derivado un tipo de legitimidad sustantiva en función de la fuerza argumentativa de las decisiones judiciales. Al respecto ver GONZALES MANTILLA, Gorki. *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad Diego Portales de Chile, pp. 91-95.

*Derecho y Ciudadanía:
ensayos de interés público*

Se terminó de imprimir en el mes de mayo
de 2002, en los talleres gráficos de Editorial
e Imprenta DESA S.A. (Reg. Ind. 16521),
General Varela 1577,
Lima 5, Perú.



