



UARM

Universidad
Antonio Ruiz
de Montoya

LA VOZ JURÍDICA

REVISTA DE DERECHO
DE LA UARM

2024

N°004

Lima, Perú

ISSN: 3084-746X
[En línea]

La Voz Jurídica

Revista de Derecho de la UARM



UARM

Universidad
Antonio Ruiz
de Montoya

LA VOZ JURÍDICA
REVISTA DE DERECHO DE LA UARM
CUARTO NÚMERO



**CARRERA PROFESIONAL
DE DERECHO**

Universidad Antonio
Ruiz de Montoya

La Voz Jurídica
Revista de Derecho de la UARM
N.º 004 - Lima, noviembre de 2024

DOI: 10.53870/lvj.20244

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2024-13192
ISSN: 3084-746X [En línea]
ISSN: 3084-7206 [Impreso]

Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2024
Carrera Profesional de Derecho
Avenida Paso de los Andes 970, Pueblo Libre, Lima 21
Telf.: (511) 719-5990
carreradederecho@uarm.pe
www.uarm.edu.pe

Decano de la Facultad de Ciencias Sociales:
Eduardo Vega Luna

Jefa de la Carrera Profesional de Derecho:
Amelia Alva Arévalo

Coordinadores de este número:
Eduardo Vega Luna
Amelia Alva Arévalo
Sharon Ancalla Zea

Cuidado de edición:
Johnny Zevallos Estupiñán

Diseño de portada y diagramación:
Mauricio Cacho Vergara



Esta obra se encuentra bajo una Licencia de Atribución 4.0 Perú (CC BY 4.0 PE)

ÍNDICE

Presentación	9
Lavado de activos virtuales en el Perú: Reformas urgentes <i>Victor Prado Saldarriaga</i>	13
El caso Lava Jato en Perú: Las lecciones aprendidas y un ensayo sobre sus víctimas <i>José Ugaz Sánchez-Moreno y Samuel Rotta Castilla</i>	43
El Derecho de las personas en nuestros Códigos Civiles. Carlos Fernández Sessarego y los 40 años del Código Civil de 1984 <i>Carlos Alberto Calderón Puertas</i>	79
El advenimiento de un nuevo daño a la persona: El Mobbing <i>Carlos Antonio Agurto Gonzáles</i>	93
A 20 años de la codificación del Derecho Procesal Constitucional en el Perú: Avances, retrocesos y algunas tareas pendientes <i>Néstor Daniel Loyola Ríos</i>	109
La importancia de los Tribunales Administrativos en el Perú <i>José Ángel Dávila Córdova</i>	129
El tratamiento del fraude informático: Un estudio del derecho comparado entre Perú y Estados Unidos <i>Gloria María Arméstar Bruno y Fátima Lucía Toche Vega</i>	139

PRESENTACIÓN

El cuarto número de la revista *La Voz Jurídica* y la destrucción institucional que vive el país

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.386>

Llegamos al cuarto número de la revista *La Voz Jurídica*, de la carrera de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, y lo hacemos en medio de una grave situación de destrucción de la institucionalidad democrática del país.

En efecto, en los últimos dos años, se ha producido un ataque constante y agresivo a diversas instituciones democráticas, ha desaparecido el necesario equilibrio de poderes y el control institucional, mientras que la corrupción y la impunidad continúan en crecimiento. En medio de esa grave situación, vemos también un claro avance del crimen organizado en sus diversas manifestaciones, que afecta directamente a la ciudadanía y frente al cual las respuestas del Estado en su conjunto han sido insuficientes hasta ahora.

En este periodo vemos con mucha preocupación que la labor del Congreso de la República ha beneficiado al crimen organizado, la corrupción y la impunidad. Ejemplo de ello son la ley de prescripción de los delitos de lesa humanidad, la reducción de los plazos de prescripción en materia penal, el debilitamiento de los procesos de colaboración eficaz y contra el crimen organizado, así como otras normas que benefician el lavado de activos y las economías ilegales. A ello hay que agregar la reciente e inconstitucional autógrafa de ley, que otorga facultades a la PNP para la investigación del delito en detrimento de las funciones constitucionales del Ministerio Público

Estas normas dan cuenta del escaso interés por el bien común y por la vida y seguridad de los ciudadanos. De esta manera, el 2024 aparece como el año en que se está destruyendo nuestra frágil institucionalidad democrática, lo que pone en riesgo, una vez más, las bases mismas del Estado de Derecho. Por eso, hoy es preciso que las autoridades del país y la sociedad en su conjunto nos unamos para enfrentar de manera eficaz a la criminalidad y reflexionar sobre una salida democrática a la actual crisis política e institucional que permita recuperar la legitimidad de la ciudadanía.

Desde las escuelas de derecho y desde la enseñanza jurídica, no podemos ser ajenos a esta situación y normalizar lo que está ocurriendo en el país. Necesitamos señalar a los futuros abogados y abogadas que ese no es el camino para construir un país democrático y justo, con instituciones fuertes, con un verdadero equilibrio de poderes, donde el bien común, la transparencia y el control ciudadano sean reales

y efectivos. Debemos indicar a los jóvenes estudiantes de Derecho que necesitamos construir un país que brinde seguridad a todos sus ciudadanos a fin de mirar con esperanza nuestro futuro.

En el presente número de la revista, hemos invitado a reconocidos profesionales del derecho y docentes de nuestra casa de estudios para abordar diversos temas de actualidad. Entre los temas abordados tenemos el lavado de activos virtuales, un balance del caso Lava Jato después de 8 años de su denuncia y una mirada crítica al Código Procesal Constitucional. Asimismo, la revista trae dos artículos sobre los 40 años del Código Civil peruano referidos al libro de las personas y el *moobing* y, finalmente, una mirada a los tribunales administrativos y al fraude informático.

En efecto, el primer artículo de la revista *La Voz Jurídica* ha sido escrito por el profesor Víctor Prado Saldarriaga, juez de la Corte Suprema de Justicia, quien aborda un nuevo e interesante problema criminal como es el delito de lavado de activos virtuales. Como señala el autor, si bien los activos virtuales todavía no son ampliamente utilizados por la ciudadanía, en el ámbito criminal, su uso se ha popularizado como una forma de esconder y lavar dineros de actividades ilícitas y más difícil de detectar, lo cual requiere algunas modificaciones a nuestra ley de lavados de activos. El artículo analiza el delito de lavado de activos con empleo de criptomonedas y los estándares internacionales para su prevención y control. El autor concluye proponiendo algunas reformas legales en el Decreto Legislativo 1106 ante esta nueva criminalidad.

Por su parte, los profesores José Ugaz y Samuel Rotta nos plantean un detallado análisis, a modo de balance, del caso más grande de corrupción en el país, que involucra a varios expresidentes y candidatos(as) y que, en mi opinión, es el que está a la base de la grave crisis institucional que hoy vivimos: Lava Jato. Los autores proponen un conjunto de lecciones aprendidas, o todavía por aprender, así como un ensayo sobre sus víctimas.

Entre las lecciones aprendidas planteadas por los autores figuran la importancia de un sistema concentrado anticorrupción, la excesiva dilación de las investigaciones y de los procesos, el abuso de la prisión preventiva, la ausencia de una política comunicacional, la alegada politización de las investigaciones y la crisis institucional de la justicia, así como la invisibilidad y el desamparo de las víctimas de corrupción. Como señalan los colaboradores, resulta muy pertinente este análisis, en una coyuntura en la que las investigaciones y procesos en Brasil contra los actores —empresas y personas— comprendidos en el caso Lava Jato, han sufrido un grave revés por la vendetta política cobrada por el actual presidente de dicho país, Luiz Inácio Lula da Silva, hoy libre de cargos por graves casos de corrupción durante su gestión anterior.

de un evento internacional en abril del presente año en la UARM. Para ello, invitamos al juez supremo y profesor de nuestra casa de estudios, Dr. Carlos Calderón Puertas, quien con su conocida pluma nos entrega un artículo muy sentido sobre el recorrido histórico de nuestro código civil y el Libro de Personas, además de un sincero homenaje a uno de sus autores y maestro, el profesor Carlos Fernández Sessarego.

Carlos Fernández Sessarego —nos dice el autor— “fue profesor de nuestra universidad. Sus ideas y su rebeldía subsisten. Por ello, el homenaje que le rinden al código civil, al código de lo cotidiano, al código nuestro de todos los días (el Código Civil de 1984) es el homenaje que la institución le hace a uno de los suyos y que los jóvenes, es decir, ustedes, le hacen al derecho. Fue nuestro capitán y toda una generación sus humildes gavieros”.

En esa misma línea de artículos conmemorativos por los 40 años del Código Civil, el Dr. Carlos Agurto Gonzáles, profesor de nuestra casa de estudios y otras importantes universidades del país, aborda, con mucha rigurosidad, un tema novedoso e interesante: el *mobbing*, que se constituye en el advenimiento de un nuevo daño a la persona.

El profesor Agurto señala que, en el ámbito de los daños a la persona, las afectaciones producidas en el ámbito laboral por el fenómeno *mobbing* o terror psicológico puede lesionar a los sujetos. El Código Civil peruano de 1984 reconoce en su artículo 1985 la categoría general del daño a la persona y permite protegerse de él. En este artículo se estudia esta figura y su relación con otras formas de daño a la persona, como a la salud, la moral y al bienestar.

La revista también trae el artículo del profesor Néstor Loyola Ríos, docente de nuestra casa de estudios y funcionario de la Defensoría del Pueblo, quien nos propone un interesante ensayo crítico titulado “A 20 años de la codificación del derecho procesal constitucional en el Perú: avances, retrocesos y algunas tareas pendientes”.

En su artículo, el profesor Loyola analiza el proceso de codificación del Derecho Procesal Constitucional en el Perú, dando cuenta de sus cambios, el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional y su posterior positivación por el Nuevo Código Procesal Constitucional. Asimismo, describe los principales cambios que se han incorporado y los cuestionamientos que surgieron en el diseño actual. Finalmente, en atención a las deficiencias advertidas en su aplicación, el autor plantea algunas reformas para promover la eficiencia de los procesos constitucionales para hacerlo más eficaz y garantizar los derechos ciudadanos.

Finamente, el profesor José Ángel Dávila Córdova escribe un artículo interesante titulado “La importancia de los tribunales administrativos en el Perú”, en el cual describe la naturaleza de estos tribunales, la especial configuración que tienen en la legislación vigente y su aparición en varios ámbitos como, por ejemplo, en el

campo tributario, de las contrataciones, el previsional, regulatorio, disciplinario y, más recientemente, en el ámbito de la transparencia donde el profesor Dávila se desempeña.

Estos órganos constituyen última instancia administrativa, que se caracterizan por su especialización, su actuar con celeridad y la máxima rigurosidad técnica. Uno de los temas que resalta el artículo es la controversia y discusión sobre el marco de acción de estos órganos resolutorios y la facultad de ejercer el denominado "control difuso de constitucionalidad", a propósito del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en la Sentencia N° 03741-2004-PA/TC.

Los tribunales administrativos han tomado una clara importancia en el país para resolver las controversias de manera especializada y efectiva en el marco de la legalidad. En particular, el autor advierte cómo el Tribunal de Transparencia ha venido resolviendo diversos casos y generando importantes criterios, los cuales están posibilitando que las personas puedan acceder a información a través de un procedimiento relativamente rápido y sencillo. Finalmente, tenemos el artículo de las profesoras Gloria Arméstar y Fátima Toche que aborda el tema del fraude informático a partir de un estudio comparado.

De esta manera, la Carrera de Derecho de la UARM pone a disposición de los estudiantes, académicos, docentes y público en general este cuarto número de la revista La Voz Jurídica. Agradecemos sinceramente a los distinguidos profesores, profesoras y autoridades que colaboran en este número por la posibilidad de contar con ellos y de exponer sus ideas y planteamientos a fin de llamar la atención sobre temas de actualidad y abrir el debate sobre aquello que se puede mejorar en los distintos campos del derecho.

La Universidad Antonio Ruiz de Montoya, fiel a su vocación de promover el debate académico y crítico sobre diversos temas, pone a consideración este nuevo número y agradece el interés en los temas que se analizan. De esta manera queremos contribuir a recuperar la confianza de que se puede construir un país que apuesta por el bien común, la lucha contra el crimen, el respeto al Estado de Derecho y a las instituciones en el país.

Lima, 25 de setiembre de 2024

Eduardo Vega Luna
Decano de la Facultad de Ciencias Sociales
<https://orcid.org/0009-0001-2771-1932>
eduardo.vega@uarm.pe

LAVADO DE ACTIVOS VIRTUALES EN EL PERÚ: REFORMAS URGENTES

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.387>

Víctor Roberto Prado Saldarriaga¹

Poder Judicial del Perú

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

vprado_2000@yahoo.com

RESUMEN

El presente artículo analiza las características actuales del delito de lavado de activos con empleo de criptomonedas o activos virtuales y los estándares internacionales para su prevención y control. Asimismo, se examinan las posibilidades de adaptación que tiene la legislación penal peruana a la represión penal de esa nueva modalidad delictiva. El autor concluye proponiendo algunas propuestas hermenéuticas y reformas legislativas; de esta manera, los tipos penales contenidos en el Decreto Legislativo 1106 podrán cumplir ese objetivo político criminal.

Palabras claves: Lavado de activos - activos virtuales - cibercriminalidad - reformas legales.

1. UN NUEVO PROBLEMA CRIMINAL: LAVADO DE ACTIVOS VIRTUALES

La definición más caracterizada de activos virtuales o criptomonedas es la que ha difundido el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la cual precisa lo siguiente:

Un activo virtual es una representación digital de valor que se puede comercializar o transferir digitalmente y se puede utilizar para pagos o inversiones. Los activos virtuales no incluyen representaciones digitales de moneda fiat, valores y otros activos financieros que ya están cubiertos en otras partes de las Recomendaciones del GAFI.

En un mundo globalmente virtualizado las ventajas operativas y de tráfico social que ofrecen la creación, emisión y empleo de activos virtuales (AV) son innegables

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia – España, Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y catedrático de Derecho Penal.

e imprescindibles. Ello explica su acelerado y extensivo impacto en los negocios y transacciones de naturaleza económica, bursátil o de intermediación financiera.

Ahora bien, la clave de ese crecimiento y positiva aceptación responde a una hábil estrategia de marketing que ha explotado eficientemente la condición intrínseca de los activos virtuales de ser un medio de pago cómodo, una alternativa menos costosa y con mayor rentabilidad que el dinero en efectivo. Además, los activos virtuales aminoran notablemente los riesgos de inseguridad ciudadana y de victimización hoy tan altos en las urbes latinoamericanas. Asimismo, han logrado una favorable inserción social entre la población regional por "la inalterabilidad y seguridad en su operación por lo que se pueden utilizar como medio de transferencia y acumulación de valor para los usuarios a costos bajos, comparados con el sistema financiero tradicional" (Redacción Gestión, 2019).

Pero también los activos virtuales suscitaron un expectante interés en la criminalidad organizada, sobre todo, porque las estructuras criminales identificaron en ellos una nueva ruta de posibilidades para el lavado de sus ganancias ilegales o contra su congelamiento, bloqueo o decomiso internacional. En efecto, la fácil portabilidad e, incluso, la impredecible volatilidad de estos nuevos activos los convertía en útiles "medios virtuales" para el eficiente aseguramiento de los capitales de origen ilícito. Además, sus diversas capacidades de intercambio y el hecho de no requerir intermediarios (Arango-Arango et al., 2018) harían más complejo y dificultoso "seguir la ruta del dinero" de procedencia criminal. Al respecto, cabe destacar que son tres las principales ventajas criminógenas que conlleva el uso delictivo de activos virtuales:

- El anonimato que aseguran a los operadores de las transacciones y a su beneficiario final.
- El alto grado de dificultad para el rastreo informático oportuno de las transacciones sospechosas en la inmensidad del ciberespacio.
- Una regulación normativa todavía insuficiente y no estandarizada sobre la creación, circulación y supervisión estatal de monedas virtuales y de las empresas dedicadas a su adquisición, intercambio o transferencia.

También es pertinente precisar que el proceso del lavado de activos virtuales se desarrolla con las mismas etapas o estaciones que tradicionalmente recorren las operaciones tradicionales del lavado de activos físicos de origen ilegal. Esto es, como explica AGUEDO, requiere también de actos de colocación, de intercalación (estratificación) y de integración. La autora citada describe el proceso y sus etapas del modo siguiente:

Colocación: Los criminales tienen la capacidad de abrir de manera rápida y anónima billeteras electrónicas desde donde pueden comprar monedas virtuales usando el dinero obtenido en actividades ilícitas.

Estratificación: Las oportunidades para llevar a cabo una cantidad innumerable de transacciones, de país en país, son múltiples. Con cada transferencia se va borrando la pista del origen real del dinero.

Integración: Cada vez son aceptadas como medios de pago en distintos establecimientos. También se da la posibilidad de que estos mismos delincuentes inviertan en negocios de criptomercados, tales como ICO (Initial Coin Offering) para la creación de nuevas criptomonedas (Aguedo, 2019).

En términos similares, la Financial Crime Academy (2024) grafica también el *modus operandi* del lavado de activos virtuales resaltando lo que acontece, generalmente, en cada una de sus tres fases:

Colocación: Los fondos ilegales se introducen en el sistema de criptomonedas a través de diversos medios como comprarlos en un intercambio, minarlos o recibirlos como pago por actividades ilícitas.

Estratificación: Implica una serie de transacciones destinadas a ocultar la propiedad de los fondos como convertirlos en diferentes criptomonedas, transferirlos a múltiples cuentas o utilizar servicios de mezcla que agrupan múltiples transacciones para ocultar el origen de los fondos.

Integración: Los fondos lavados se devuelven al sistema financiero legítimo como fondos aparentemente legales, ya sea vendiendo las criptomonedas por moneda fiduciaria o usándola para comprar bienes o servicios.

Por todas esas características y la preocupante eficiencia que demostraba tener el lavado de activos virtuales, se hicieron más constantes las clarinadas de alerta sobre estos riesgos de desvío delictivo durante el último quinquenio (SBS, 2019b, pp. 7-8). Por ejemplo, se comenzó a denunciar con insistencia el incremento subrepticio de su empleo en prácticas fraudulentas y de conversión o transferencia de capitales de origen ilegal (Pérez López, 2017, p. 187). Asimismo, las agencias oficiales contra la criminalidad organizada empezaron, también, a diseñar programas de especialización y adiestramiento para que sus operadores estuvieran en aptitud de descubrir y sancionar estos delitos virtualizados. Por ejemplo, se insistió en la urgencia de elaborar “materiales modelo que se puedan adaptar fácilmente para la formación de aspirantes, investigadores, expertos forenses, fiscales, jueces y otros” (Notes de Seguret, 2023). Igualmente, el GAFI decidió tomarlos en cuenta a partir del 2015. Así, este organismo especializado en la prevención del lavado de activos informó a la comunidad financiera mundial

“que las monedas virtuales convertibles que se pueden cambiar por moneda real u otras monedas virtuales **son potencialmente vulnerables al abuso de lavado de activos y la financiación terrorista** por muchos motivos” (GAFI, 2015, p. 35). Asimismo, el GAFI puso de relieve que la modificación constante y la descentralización del soporte tecnológico de los activos virtuales complicaba su detección oportuna por las autoridades competentes y propiciaba la extensión continua de sus transacciones ilícitas en los circuitos del mercado virtual y, claro está, en la Darknet. Además, los activos virtuales de tipo criptomonedas “convertibles descentralizadas, que permiten transacciones de persona a persona de manera anónima, parecen existir en un universo digital totalmente fuera del alcance de cualquier país en particular” (GAFI, 2015, p. 35).

Este diagnóstico coincidía con lo opinado por expertos como Pérez López, quien, destacando la capacidad criminógena de los activos virtuales, señalaba “que el uso de criptomonedas supone una ampliación importante de la panoplia de posibilidades a disposición de los delincuentes”. Asimismo, esta modalidad delictiva era “una de las opciones más interesantes para los blanqueadores y más disruptivas para su persecución (dada su sencillez, su eficacia en términos de costes en comparación con otros métodos y las dificultades técnicas asociadas a su trazado y evitación por las autoridades)” (Pérez López, 2017, pp. 152-155). Por su parte, otros especialistas graficaron la potencialidad criminógena de las criptomonedas y daban a conocer listados de tipologías, a través de las cuales era posible materializar operaciones de **lavado de activos con empleo de criptomonedas**. De las cuales, las más utilizadas eran las siguientes:

- Realización de múltiples transacciones de alto valor en una sucesión corta, por ejemplo, dentro de un período de 24 horas.
- Activación de importante volumen de transacciones de diferentes clientes enviadas hacia y desde la dirección de la billetera, con monedas virtuales convertibles, que no se observa como algo habitual y conocido.
- Transferencias de Activos Virtuales inmediatamente a múltiples proveedores de servicios de activos virtuales, especialmente a registrados u operados en otra jurisdicción donde no existe relación con el lugar donde el cliente vive o realiza negocios; o la regulación AML/CFT/PF es inexistente o débil.
- Depósitos de Activos Virtuales, en un intercambio, para efectuar el retiro inmediatamente sin actividad de intercambio o adicional a otros Activos Virtuales; convertirlo en múltiples tipos de Activos Virtuales; o retirarlos inmediatamente mediante una billetera de privacidad.
- Aceptar depósitos de fondos sospechosos de ser robados o depositar fondos fraudulentos de direcciones de Activos Virtuales que han sido identificadas

como tenedoras de fondos robados, o en direcciones vinculadas a los tenedores de fondos robados.

- La intervención de las denominadas “mulas electrónicas” quienes practicaron actos de conversión de dinero fiat en activos virtuales que luego transfieren a las billeteras electrónicas de los verdaderos dueños de aquellos fondos de origen ilícito (Santiago González, 2021).

Con posterioridad al dramático episodio de la pandemia de la COVID-19 y con la experiencia criminológica y criminalística acumulada durante esta grave coyuntura, el GAFI fue difundiendo también señales de alerta vinculadas a operaciones con activos virtuales y a quienes las ejecutaban o se benefician de ellas. Para una mejor ilustración transcribimos las más importantes.

Señales de alerta relacionadas con las operaciones

Si bien los AV aún no son ampliamente utilizados por el público, su uso se ha popularizado entre los criminales. Su uso para propósitos de LD surgió por primera vez hace más de una década, pero se están volviendo cada vez más comunes para la actividad delictiva en general. Este conjunto de indicadores demuestra cómo las señales de alerta tradicionalmente asociadas con operaciones que involucran medios de pago más convencionales siguen siendo relevantes para detectar posibles actividades ilícitas relacionadas con los AV.

Tamaño y frecuencia de las operaciones

- Estructurar operaciones de AV (por ejemplo, cambios o transferencia) en pequeñas cantidades, o en cantidades por debajo de los umbrales de mantenimiento de registros o informes, similar a estructurar operaciones en efectivo.
- Realizar múltiples operaciones de alto valor:
 - o en una sucesión breve, como en un período de 24 horas;
 - o en un patrón escalonado y regular, sin más operaciones registradas durante un largo periodo posterior, lo cual es particularmente común en casos relacionados con *ransomware*;
 - o a una cuenta recién creada o previamente inactiva.
- Transferir AV inmediatamente a múltiples VASP, especialmente a VASP registrados u operados en otra jurisdicción donde:
 - o no hay relación con el lugar donde vive o realiza negocios el cliente;
 - o regulación PLD/CFT inexistente o débil.
- Depositar los AV en una oficina de cambios y luego, a menudo, inmediatamente:

- o retirarlos sin actividad de cambios adicional a otros, lo cual es un paso innecesario e incurre en tarifas de operación;
- o convertirlos en múltiples tipos de AV, incurriendo nuevamente en tarifas de operación adicionales, pero sin una explicación comercial lógica (por ejemplo, diversificación de la cartera);
- o retirarlos AV de un VASP inmediatamente a una cartera privada. Esto convierte efectivamente el intercambio /VASP en una mezcla para el LD.
- Aceptar recursos sospechosos de ser robados o fraudulentos:
 - o depositar recursos de direcciones de AV que han sido identificadas como tenedoras de fondos robados, o direcciones vinculadas a los tenedores de fondos robados.

Señales de alerta relacionadas con el anonimato

Este conjunto de indicadores se basa en las características inherentes y las vulnerabilidades asociadas con la tecnología subyacente de los AV. Las diversas características tecnológicas aumentan el anonimato y agregan obstáculos a la detección de actividades delictivas por parte de las LEA. Estos factores hacen que los AV sean atractivos para los criminales que buscan disfrazar o almacenar sus recursos. Sin embargo, la mera presencia de estas características en una actividad no sugiere automáticamente una operación ilícita. Por ejemplo, el uso de *hardware* o una cartera de papel puede ser legítimo como una forma de proteger a los asistentes virtuales contra robos.

Nuevamente, la presencia de estos indicadores debe considerarse en el contexto de otras características sobre el cliente y la relación, o una explicación comercial lógica.

- Operaciones de un cliente que involucran más de un tipo de AV, a pesar de tarifas de operación adicionales, y especialmente aquellos que brindan mayor anonimato, como criptomonedas o monedas privadas.
- Mover un AV que opera en una cadena de bloques pública y transparente, como Bitcoin, a un intercambio centralizado y luego intercambiarlo inmediatamente por una criptomoneda de anonimato o moneda privada.
- Clientes que operan como un VASP no registrado / sin licencia en sitios web de intercambio *peer-to-peer* (P2P), particularmente cuando existe la preocupación de que manejen un mayor número de transferencias AV en nombre de su cliente y le cobren tarifas más altas que la transmisión de servicios ofrecidos por otros cambios. Uso de cuentas bancarias para facilitar estas operaciones P2P.

- Actividad transaccional anormal (nivel y volumen) de AV cobrados en intercambios de carteras asociadas a la plataforma P2P sin una explicación comercial lógica.
- AV transferidos hacia o desde carteras que muestran patrones previos de actividad asociados con el uso de VASP que operan servicios de mezcla o caída o plataformas P2P.
- Operaciones que hacen uso de servicios de mezcla y rotación, lo que sugiere la intención de ocultar el flujo de recursos ilícitos entre direcciones de carteras conocidas y mercados de redes oscuras.
- Recursos depositados o retirados de una dirección o cartera de AV con enlaces de exposición directa e indirecta a fuentes sospechosas conocidas, incluidos mercados negros, servicios de mezcla / volteo, sitios de apuestas cuestionables, actividades ilegales (por ejemplo, *ransomware*) y / o informes de robo.
- Uso de carteras de papel o *hardware* descentralizadas / no alojadas para transportar AV a través de las fronteras.
- Usuarios que ingresan a la plataforma VASP tras registrar sus nombres de dominio de Internet a través de *proxies* o registradores de nombres de dominio que suprimen o censuran a los propietarios de los nombres de dominio.
- Usuarios que ingresan a la plataforma VASP mediante una dirección IP asociada con una red oscura u otro *software* similar que permite la comunicación anónima, incluidos correos electrónicos cifrados y VPN.
- Operaciones entre socios que utilizan varios medios de comunicación anónimos encriptados (por ejemplo, foros, chats, aplicaciones móviles, juegos en línea, etc.) en lugar de un VASP.
- Un alto número de carteras AV aparentemente no relacionadas controladas desde la misma dirección IP (o dirección MAC), lo que puede implicar el uso de carteras shell registradas para diferentes usuarios para ocultar su relación entre ellos.
- Uso de AV cuyo diseño no está adecuadamente documentado, o que están vinculados a posibles fraudes u otras herramientas destinadas a implementar esquemas fraudulentos, como los esquemas Ponzi.
- Recibir o enviar recursos a los VASP cuyos procesos de DDC o conocimiento de su cliente son débiles o inexistentes.
 - o Uso de cajeros automáticos / quioscos AV: o a pesar de las tarifas de operación más elevadas e incluidas las que suelen utilizar las mulas o las víctimas de estafas; o en lugares de alto riesgo donde ocurren más actividades delictivas.

- El uso de un cajero automático o quiosco no es suficiente en sí mismo para constituir una señal de alerta, pero lo sería si se combinara con la máquina en un área de alto riesgo o se usara para operaciones pequeñas repetidas (u otros factores adicionales).

Respecto a la experiencia peruana, los funcionarios de la UIF-Perú han informado que las modalidades de conversión delictiva de activos virtuales que se han detectado en el país son aún muy básicas. Por ello, cuando se viabilizan con intervención de canales de la intermediación financiera su detección y rastreo se facilitan, por lo que posibilita el oportuno congelamiento de los fondos involucrados en la transacción delictiva:

Se ha identificado que el dinero mal habido termina siendo usado para la compra de criptomonedas. En alguna oportunidad se compraron criptoactivos a una empresa peruana, que vendía criptomonedas, y pudimos congelarlos. La UIF tiene la facultad de congelar el dinero cuando se tiene la certeza de que el dinero tiene un origen ilícito. (...) Se vuelve vulnerable a los ojos de la UIF cuando pasa al sistema financiero. Cuando encontramos el dinero en el sistema financiero, una herramienta que tenemos (para evitar su uso) es que podemos congelarlo para asegurarnos de que esté en manos de las autoridades hasta concluir la investigación. Al final se puede incautar (Guardia Quispe, 2023).

No cabe duda, pues, que hoy concurrimos a una etapa expectante donde se pugna por demostrar y aceptar que el uso lícito e ilícito de los activos virtuales es un componente más de la realidad económica actual y que lo será también en el futuro inmediato. Por consiguiente, las políticas y programas sobre desarrollo socioeconómico o financiero que formulen los Estados en los años siguientes tienen necesariamente que tomar en cuenta la presencia de los activos virtuales y de los negocios que con ellos se realizan. Estos, obviamente, no estarán exentos de su desviación y uso criminal. Por consiguiente, su adecuada regulación en el presente se ha de convertir también en un estándar más de garantía y acreditación de todo programa estratégico de seguridad o de gobierno digital que diseñen e implementen los Estados. Al respecto, cabe destacar que los países desarrollados han logrado notables avances en este proceso. Un ejemplo relevante de ese proceder prospectivo ha sido la elaboración y aplicación de pertinentes protocolos para la supervisión reforzada o el control tributario de los activos virtuales, así como para el registro de su propiedad, tenencia y transferencias (SBS, 2019a).

Ahora bien, el sofisticado y renovado *modus operandi*, para el blanqueo de ganancias ilícitas que hemos descrito, se ha visto reforzado a través de los eficientes procedimientos y técnicas de ofuscación o disfraz que ofertan las organizaciones

criminales dedicadas al lavado de activos virtuales en la Darknet. Efectivamente, entre ellas detectan, sobre todo, la aplicación de programas de mezclado de criptomonedas y de encriptación temporal reforzada, los cuales han potenciado la imposibilidad del rastreo de las operaciones y la sólida desvinculación de los usuarios, beneficiarios y proveedores de estos servicios ilegales. Además, han surgido nuevas criptomonedas, como monero, que han potenciado también su imposibilidad de rastreo y de vinculación de las transacciones lícitas e ilícitas. También, en la web oscura hoy es posible el reclutamiento masivo de “cibermulas”, las que a modo de “pitufos virtuales” ejecutan con las ganancias ilegales que les suministran los grupos criminales múltiples operaciones en cortos periodos de tiempo a través de la amplitud del ciberespacio. Sobre estas redobladas capacidades blanqueadoras de los activos virtuales, un informe del 2023 de EUROPOL ha detectado lo siguiente:

Los ciberdelincuentes implicados en ciberataques y servicios relacionados, así como los que comercian y administran mercados de la web oscura, realizan sus transacciones financieras casi exclusivamente en criptomonedas. por esta razón, hacen un amplio uso de técnicas de ofuscación para anonimizar sus actividades financieras antes de cobrar los beneficios ilícitos. estas técnicas incluyen el uso de mezcladores, intercambiadores, operaciones extrabursátiles e intercambios descentralizados (...). Todos los tipos de ciberdelincuentes utilizan mulas de dinero para blanquear beneficios ilícitos, ya sea en dinero fiduciario o en criptomonedas. las mulas de dinero son facilitadores clave para el blanqueo de los beneficios ilícitos generados por la ciberdelincuencia, ya que permiten a los delincuentes rápidamente mover fondos a través de una red de cuentas, a menudo en diferentes países (IOCTA, 2023).

Por consiguiente, poder penetrar, descubrir o desmezclar las operaciones de lavado de activos virtuales exige también una nueva cibercriminalística, que recién en los últimos tres años ha comenzado a aplicarse y difundirse entre las agencias especializadas del sistema penal. Un ejemplo de los esfuerzos por superar estas necesidades operativas es la Guía de investigación en el lavado de activos mediante criptodivisas, difundida por El Pacto Europa-Latinoamérica. Según la síntesis introductoria de dicho manual, se abordan, entre otros, los siguientes aspectos de utilidad criminalística:

Se procederá a describir y definir las criptodivisas, los diferentes actores involucrados para su obtención, su uso, trazabilidad y, lo más relevante en el aspecto que nos ocupa, las distintas metodologías utilizadas para llevar a cabo actividades de blanqueo de capitales. Describiremos los elementos utilizados para la facilitación del lavado de activos con criptomoneda, sus vulnerabilidades, así como distintos aspectos en relación con las monedas virtuales, independientemente de

la legislación aplicable. Para afrontar el reto que supone la investigación policial de cualquier modalidad delictiva que incluye el uso de criptoactivos es preciso realizar ciertas adaptaciones en las estructuras policiales que permitan reaccionar de forma adecuada ante esta amenaza. Veremos ciertas recomendaciones y buenas prácticas sobre este aspecto (Bodoque Agredano. Orduña Lanau, 2022, p.7).

2. ESTRATEGIAS INTERNACIONALES DE PREVENCIÓN Y CONTROL

Cabe recordar que hacia finales del siglo XX se configuró el primer espacio internacional contra el lavado de activos mediante la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1988 (Prado Saldarriaga, 1997). Posteriormente, ya en la primera década del siglo XXI, se fueron configurando otros espacios globales similares contra la criminalidad organizada transnacional (Convención de Palermo de 2001) y contra la corrupción (Convención de Mérida de 2003), donde se incluyeron estrategias y medidas específicas para la prevención y represión penal de las operaciones de lavado de activos (Prado Saldarriaga, 2019). Próximamente culminarán los trabajos del Proyecto de la Convención Internacional contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos, donde también, a iniciativa de la delegación peruana, quedará diseñada un nuevo espacio internacional para la persecución y sanción de los actos de lavado que se realicen con empleo de activos virtuales². De allí, pues, que resulte pertinente y oportuno analizar el surgimiento y desarrollo de los estándares internacionales que en el presente se relacionan con la prevención, el tratamiento penal y la cooperación internacional contra la amenaza criminal del lavado de activos virtuales.

Al respecto, cabe mencionar, inicialmente, que la oportuna constatación empírica de todos aquellos riesgos, amenazas y *modus operandi* sofisticado, que caracterizan e identifican a las tipologías delictivas del lavado de activos virtuales, fueron perfilando también la definición de objetivos y estrategias de política criminal internacional para prevenir, controlar e interdicar eficazmente sus manifestaciones en el ciberespacio. En ese contexto, por ejemplo, se establecieron los siguientes tres objetivos esenciales:

1. Preservar la integridad del sistema financiero salvaguardándolo del lavado de activos virtuales o de conductas delictivas análogas de financiación del terrorismo.

2 En el artículo 2 de este proyecto, luego de arduos debates, la delegación peruana logró que se incluya como un nuevo objeto de acción del delito a los activos virtuales.

2. Desarrollar una tutela preventiva eficiente para los proveedores y consumidores honestos de activos virtuales.
3. Regular el control tributario y contable de todo tipo de activos virtuales, obligando a sus usuarios o proveedores a cumplir con regímenes de registro de sus transacciones.

Un primer aporte técnico para viabilizar todas esas metas y medidas fue la aprobación el año 2019 de la Nota Interpretativa de la Recomendación N°15 sobre Nuevas Tecnologías³ del GAFI. En este documento se introdujeron lineamientos específicos que ayudarían a configurar una legislación especializada y a configurar procedimientos eficaces para la prevención, control y sanción de las operaciones o transacciones ilícitas que se ejecuten con el empleo de “activos virtuales (AV)”. Por ejemplo, se sugirió la elaboración y aplicación de instrumentos de supervisión, así como de técnicas de registro de los “proveedores de servicios de activos virtuales (PSAV)”. También se insertaron recomendaciones para la implementación eficiente de medidas de cooperación interestatal contra las operaciones ilícitas con activos virtuales. Igualmente, se estableció como obligación de los países el incorporar en su derecho interno sanciones penales o administrativas que fueran idóneas y proporcionales para reprimir los delitos con activos virtuales o las infracciones a los regímenes de registro y supervisión preventiva (GAFILAT, 2018b, pp. 77-79). Entre las principales recomendaciones y disposiciones formuladas cabe mencionar las siguientes:

- Los países deben considerar los activos virtuales como “bienes”, “productos”, “fondos”, “fondos y otros activos” u otros activos de valor equivalente. Los países deben aplicar las medidas pertinentes en virtud de las recomendaciones del GAFI a los activos virtuales y a los proveedores de servicios de activos virtuales (PSAV).
- Los países deben identificar, evaluar y comprender los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo que surgen de las actividades de activos virtuales y las actividades u operaciones de los PSAV.
- Los países deben exigir que los PSAV identifiquen, evalúen y tomen medidas eficaces para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.
- Los PSAV deben tener licencia o registrarse, como mínimo, en la(s) jurisdicción(es) donde se crean. En los casos en que el PSAV sea una persona

3 El texto de la 15ª recomendación y su nota interpretativa pueden verse en GAFI (2021a), pp.106-108.

física, se le debe exigir que esté autorizado o registrado en la jurisdicción donde se encuentra su lugar de negocios. Las jurisdicciones también pueden requerir que los PSAV, que ofrecen productos y/o servicios a los clientes en su jurisdicción o que realizan operaciones desde su jurisdicción, tengan licencia o estén registrados en esta jurisdicción.

- Los países deben garantizar que los PSAV estén sujetos a una reglamentación y supervisión o monitoreo adecuados de ALA/CFT y que estén aplicando eficazmente las recomendaciones pertinentes del GAFI, a fin de mitigar los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo que surgen de los activos virtuales.
- Los países deben asegurarse de que exista una serie de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, ya sean penales, civiles o administrativos, disponibles para hacer frente a los PSAV que no cumplen los requisitos ALA/CFT. Las sanciones deben aplicarse no solo a los PSAV, sino también a sus directores y directivos jerárquicos.
- Los países deben proporcionar rápida, constructiva y eficazmente la mayor gama posible de cooperación internacional en relación con el lavado de activos, los delitos determinantes y el financiamiento del terrorismo en relación con los activos virtuales.

Posteriormente, en el año 2021, el GAFI detalló, con mejor especificación, la implementación operativa de tales lineamientos a través de la Guía Actualizada para un enfoque basado en el riesgo. Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (GAFI, 2021). Sobre la finalidad funcional de dicho documento se destacó lo siguiente:

La Guía busca explicar cómo deben aplicarse las Recomendaciones del GAFI a las actividades de AV y a los PSAV; proporciona ejemplos, cuando son relevantes o potencialmente más útiles; e identifica los obstáculos para aplicar las medidas de mitigación junto con las posibles soluciones. Pretende servir de complemento a la R.15 y a su NIR 15 que describen toda la gama de obligaciones aplicables a los PSAV, así como a los AV, en virtud de las Recomendaciones del GAFI, incluidas las Recomendaciones relativas a los "bienes", "productos", "fondos", "fondos u otros activos" y otros "valores equivalentes". De este modo, la Guía apoya la aplicación efectiva de las medidas nacionales ALA/CFT para la regulación y supervisión de los PSAV (así como de otros sujetos obligados) y de las actividades cubiertas de los AV en las que participan, así como el desarrollo de un entendimiento común de lo que implica un EBR en materia ALA/CFT (GAFI, 2021, pp. 8-9).

Sin embargo, en un primer estudio de evaluación que realizaron los expertos del GAFI, se pudo constatar que los países vinculados a sus recomendaciones

habían avanzado muy poco en la implementación de la 15° recomendación y de su nota interpretativa. Es más, eran pocos los países que habían hecho efectivo el mandato de incluir expresamente en el derecho interno disposiciones legales sobre la “regla de viaje”. Esto es, la aplicación de formas espontaneas de cooperación que permitirían la obtención y el intercambio de información pertinente desde los PSAV sobre el beneficiario y el generador de una transacción con activos virtuales. Por tal razón, el mes de junio de 2022 el GAFI publicó un nuevo instrumento correctivo y de exhortación “Actualización sobre la implementación de los estándares del GAFI acerca de los activos virtuales y prestadores de servicios”. En dicho documento se demandó a los países, entre otros requerimientos el cumplimiento efectivo de las siguientes medidas:

- Tanto los miembros del GAFI como los integrantes de los cuerpos regionales tipo GAFI deberán acelerar el cumplimiento de la R15 y su nota interpretativa.
- Los países que no han introducido la regla de viaje en su legislación deberán hacerlo lo más pronto posible. Asimismo, los países miembros del GAFI deberán compartir sus experiencias y buenas prácticas en la materia.
- Tanto los PSAV como el sector privado deberán reforzar acciones para facilitar la interoperabilidad de la regla de viaje, por medio de soluciones tecnológicas que aseguren flexibilidad para su implementación, de conformidad con los requerimientos de cada jurisdicción.
- En relación con los mercados y las nuevas tendencias, tanto el GAFI como los PSAV deberán continuar monitoreando a fin de establecer si se requieren más esfuerzos del primero para determinar la forma en que los estándares se aplican a las DEFI u los NFT con base en el enfoque basado en riesgo. De igual manera, el GAFI se compromete a trabajar con sus miembros para generar conciencia sobre las tendencias comunes de los pagos de Ransomware y el lavado de activos relacionado por medio de AV y PSAV (FATF, 2022, pp. 17-22).

Paralelamente, con similares propósitos, el GAFI suministró también a los países que lo integran un listado detallado de señales de alerta. Las que ayudarán a las agencias de prevención y control penal a lograr una lectura técnico-criminalística más homogénea sobre los ROS vinculados a operaciones de lavado con activos virtuales. El propósito operativo de este didáctico instructivo se sintetizó en los siguientes párrafos:

1. Los Activos Virtuales (AV) y los servicios relacionados tienen el potencial de

estimular la innovación y la eficiencia financiera, pero sus características distintivas también crean nuevas oportunidades para que los lavadores de dinero, los financiadores del terrorismo y otros criminales laven sus ganancias o financien sus actividades ilícitas. La capacidad de realizar operaciones transfronterizas rápidamente no solo permite a los criminales adquirir, mover y almacenar activos digitalmente, a menudo fuera del sistema financiero regulado, pero también disfrazar el origen o destino de los recursos y dificultar que los sujetos obligados identifiquen las actividades sospechosas de manera oportuna. Estos factores añaden obstáculos a la detección e investigación de la actividad criminal por las autoridades nacionales.

4. Las agencias operativas, incluidas las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), las autoridades de procuración de justicia (LEA, por sus siglas en inglés) y los fiscales pueden encontrar este informe como una referencia útil para analizar los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) o mejorar la detección, investigación y aseguramiento de los AV involucrados en el uso indebido (FATF, 2020).

Como se indicó, en dicho documento se incluyó también un nutrido listado de nuevas señales de alerta. Las que deberían tener en cuenta los operadores del sistema antilavado para poder identificar e interdicar oportunamente las potenciales operaciones de lavado de activos virtuales. Por lo demás, para facilitar su comprensión y asimilación, estas señales de alerta fueron debidamente sistematizadas en base a indicadores y características de operaciones inusuales ejecutadas con activos virtuales. En ese sentido, se agruparon las señales de alerta por segmento, tipo de operación o rasgos inusuales. El listado elaborado quedo integrado por 6 segmentos que son los siguientes:

- Señales de alerta relacionadas con las operaciones.
- Señales de alerta relacionadas con los patrones de operación.
- Señales de alerta relacionadas con el anonimato.
- Señales de alerta sobre remitentes y beneficiarios.
- Señales de alerta en la procedencia de recursos o patrimonio.
- Señales de alerta relacionadas con riesgos geográficos (FATF, 2020b).

Ahora bien, la experiencia latinoamericana en políticas y estrategias de prevención y control del lavado de activos virtuales es mucho más reciente y se vincula con los esfuerzos desplegados en este dominio por el Grupo de Acción Financiera para Latinoamérica (GAFILAT) desde el año 2018. Este organismo

técnico regional, por ejemplo, realizó una primera aproximación estratégica a la problemática regional del lavado de activos virtuales durante el Ejercicio Bial 2017-2018 de Tipologías Regionales realizado en Quito. En aquella ocasión se exhibieron dos tipologías delictivas relacionadas con el tráfico de bitcoins (GAFILAT, 2018a, pp. 79-80). Años después, en agosto de 2021, el GAFILAT desarrolló también un encuentro virtual de debate sobre esta materia y en diciembre del mismo año difundió en el Informe de Tipologías Regionales de LA/FT 2019-2020 un nuevo caso que mostraba la adquisición de activos virtuales a través de PSVA para operaciones de intercalación realizadas por tratantes de personas (GAFILAT, 2021, p. 110). No obstante, lo más relevante de estos primeros acercamientos es que ellos pusieron en evidencia que en nuestra región el empleo delictivo de activos virtuales utilizaba aún tipologías básicas y poco sofisticadas. Sin embargo, no dejaban de ser útiles y eficientes para el objetivo criminal de perderle el rastro a las ganancias ilícitas, sobre todo por la convergencia de factores estructurales propios de los países latinoamericanos. Por ejemplo, la paradójica composición de sus economías mayormente de condición emergente-informal constituía un sensible caldo de cultivo para esta nueva tipología criminal, pero, también, las manifiestas desigualdades de conectividad y desarrollo tecnológico que concurrían en cada país. Asimismo, se hicieron visibles notables limitaciones y deficiencias entre las agencias y los sistemas nacionales de control y supervisión. Esto último producía una brecha importante para la cooperación internacional afectando la eficacia y la factibilidad de ejecutar operativos virtuales combinados y transfronterizos. Atendiendo a todas aquellas brechas, disfunciones y deficiencias operativas que hemos enunciado, el GAFILAT, entre los años 2021-2023, se dedicó a elaborar y difundir importantes guías e instructivos con lineamientos y protocolos de prevención, investigación criminal y procesamiento penal de delitos de lavado de activos virtuales. Uno de estos documentos fue la *Guía sobre aspectos relevantes y pasos apropiados para la investigación, identificación, incautación y decomiso de activos virtuales*, publicada en 2021. La finalidad común de estos documentos técnicos era promover la armonización legislativa y lograr una capacitación estandarizada entre los operadores de las agencias nacionales competentes para la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos punibles cometidos con criptomonedas. En estos manuales, además, no solo se ofrecían información teórica y práctica sobre la prevención y control del lavado de activos virtuales, sino, también, se recopilaban y daban a conocer las buenas prácticas y experiencias exitosas que ocurrían en la realidad latinoamericana durante la investigación e interdicción de tales delitos.

Concurrimos, pues, en Latinoamérica, a una etapa de intensificación de los procesos de producción legislativa para la prevención y control de los delitos de

lavado de activos virtuales. Los países de nuestro entorno regional han comenzado a adaptar sus sistemas jurídicos internos a la exigencias y recomendaciones formuladas en los estándares internacionales establecidos sobre la materia, como ha ocurrido en Argentina (2023), Brasil (2022), Colombia (2021) y Chile (2022). Por lo demás, la situación del sistema jurídico peruano en este dominio no es diferente y a ella queremos referirnos a continuación.

3. SOBRE EL CASO PERUANO

Aceleradamente el Perú se ha ido convirtiendo en el tercer país de la región con mayor volumen de transacciones con activos virtuales. Asimismo, en su territorio se están registrando y extendiendo nuevas manifestaciones de criminalidad organizada como la pesca ilegal, el tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestres, la inmigración ilegal y la tala forestal ilícita, las cuales requieren de innovadoras opciones de aseguramiento de sus ganancias ilícitas como las que les ofrece el lavado de activos virtuales (Observatorio Nacional de Política Criminal, 2021, 2022a). Además, en un detallado estudio promovido por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, se ha revelado un largo listado de riesgos latentes de lavado de activos virtuales en el país (SBS, 2019a). En efecto, según las conclusiones de dicha investigación, son riesgos y amenazas considerables los siguientes:

- No existe una delimitación clara del ámbito de supervisión entre las organizaciones reguladores locales en el Perú.
- No existen marcos ALA / CFT para los PSAV en el Perú (incluyendo el requisito de un sistema de prevención del LA/FT documentado, procesos de DDC, etc.)
- No existen requisitos de registro o licenciamiento de los PSAV.
- No hay revelación de riesgo obligatoria ni requisitos justos hacia los clientes.
- No hay capacidad para monitorear las transacciones que ocurren con individuos o entidades corporativas con sede en el Perú.
- Riesgo de fraude y falsos esquemas de inversión.
- Riesgo de transacciones de OIM no reguladas y fraudulentas.
- Riesgos tecnológicos como piratería de claves privadas, etc.

Además, según las mismas fuentes oficiales, en la práctica de operaciones con activos virtuales en el Perú predominan las siguientes características:

Se cree que la mayoría de las transacciones son transacciones simples que utilizan tokens de pago. En su forma más simple, el flujo involucra a un individuo privado que compra un token de pago usando soles o dólares estadounidenses

de una cuenta bancaria, usando el token de pago para pagar a un tercero, y ese tercero retiene el token de pago o lo convierte de nuevo en una moneda fiduciaria. Hasta la fecha del informe realizado por True North Partners no identificaron ninguna transacción de OIM en Perú.

Dada la naturaleza informal y no regulada del mercado actual, no fue posible cuantificar con precisión los principales usos y flujos de AVs en el Perú hoy día (...). Esto indica que la necesidad de regulación y supervisión dentro del mercado peruano es fuerte, al menos en un nivel básico que cubre la ley de ALA, CFT, impuestos y valores (en términos de este último, dado que la mayoría de los AVs en Perú son tokens de pago y SMV se centrará en los tokens de activos, se estima que el impacto en el mercado de valores será limitado a corto y mediano plazo) (SBS, 2019a, p. 76).

Sin embargo, hay que tener en cuenta, igualmente, la concurrencia de otros factores de coyuntura como la actual crisis política, la inflación, la recesión económica y el continuo crecimiento de la informalidad (Cuadros, 2022), los cuales promueven la expansión del mercado de activos virtuales en territorio nacional. Por consiguiente, cabe inferir que todos esos indicadores y procesos económicos o políticos disfuncionales generan condiciones favorables para la extensión de operaciones de lavado con activos virtuales. Además, en dicho contexto el flujo de transacciones sin criptoactivos involucra a un mayor número de sectores y agentes económicos. Esto también se ve reflejado en la información suministrada por la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, la cual ha detectado que entre los años 2019 y abril 2022 la operatividad de lavado de activos virtuales se ha potenciado y diversificado en el país⁴. Asimismo, a ese estado de cosas cabe agregar las limitaciones criminalísticas y operativas que todavía evidencian las agencias estatales competentes para la detección e investigación temprana de operaciones de lavado con activos virtuales. Por ejemplo, el cuadro siguiente aporta un dato relevante sobre las características actuales del problema analizado: el variado espacio de las personas jurídicas y actividades económicas reportadas por operaciones y transacciones sospechosas con activos virtuales. Además, resalta el amplio espectro de la informalidad que aparece cubierto bajo un equívoco rubro económico “no determinado”.

4 Nuestro reiterado agradecimiento al Dr. Sergio Espinosa Chiroque, superintendente adjunto de la Unidad de Inteligencia Financiera, por la información y cuadros estadísticos brindados y que aquí reproducimos.

Personas jurídicas reportadas por operaciones sospechosas con activos virtuales según su actividad económica 2019 – abril 2022

Sector económico	Número de personas jurídicas reportadas
Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler	31
Intermediación financiera	9
Otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales	8
Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos automotores, motocicletas, efectos personales y enseres domésticos	6
Industrias manufactureras	2
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	2
No determinado	29
Total	87

Fuente: UIF (2022)

No obstante, otro hallazgo importante que aporta el cuadro siguiente radica en que entre las personas jurídicas reportadas por operaciones o transacciones sospechosas el mayor nivel de frecuencias corresponde a personas jurídicas con menos de un año de creación. Este añade la sensible tendencia a la constitución y empleo de personas jurídicas de fachada en la práctica del lavado de activos virtuales en el país.

Personas jurídicas reportadas por operaciones sospechosas con activos virtuales según antigüedad de creación 2019 – abril 2022

Antigüedad de creación en años	Número de personas jurídicas reportadas
Menor a 1	29
Entre 1 y 3	10
Entre 4 y 5	14
Entre 5 y 10	3
Mayor a 10	2
No determinado	29
Total	87

Fuente: UIF (2022)

4. REFORMAS URGENTES EN LA LEGISLACIÓN PENAL

De acuerdo con los informes que hemos recibido hacia marzo de 2022, las unidades especializadas de la Policía Nacional, del Ministerio Público y del Poder Judicial reportaban que aún no contaban con investigaciones y procesos en trámite o concluidos por delitos de lavado de activos virtuales. Luego, hacia finales de febrero de 2023, se comunicó que ya estaban tramitándose algunos casos de investigaciones por lavado de activos virtuales en el Ministerio Público (Prado Saldarriaga, 2023, p. 343). Siendo así, una lectura prospectiva permite avizorar que en los próximos años la frecuencia de procesos penales por aquel delito se hará más constante, visible y sensible entre las unidades del sistema penal nacional. Por consiguiente, de cara a ese inminente futuro, resulta pertinente y oportuno medir la capacidad de adaptación de las operaciones o transacciones que configuren actos de lavado de activos virtuales a los delitos que regula el Decreto Legislativo 1106. Sobre todo, teniendo en cuenta que entre el nutrido bloque de decretos legislativos que se promulgaron hacia finales del 2023 y que reformaron o extendieron la legislación penal nacional, no se incluyeron modificaciones a los tipos penales del delito de lavado de activos y menos aún se hicieran referencias particulares al caso de los delitos de lavado con activos virtuales.

Al respecto, cabe recordar que en el Decreto Legislativo 1106 coexisten tres tipos penales nucleares que criminalizan el delito de lavado de activos en general. Asimismo, se incluyen dos modalidades de delitos periféricos, de las cuales la

composición actual de todos esos delitos es la siguiente:

- Los actos de conversión y transferencia de activos de origen ilegal se encuentran tipificados en el artículo 1°.
- Los actos de ocultamiento y tenencia de activos de origen ilegal son reprimidos por el artículo 2°.
- Los actos de transporte, ingreso o egreso de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables al portador de origen ilegal están criminalizados en el artículo 3°.
- Los delitos periféricos de omisión de reporte de transacciones sospechosas y de rehusamiento, retardo o falsedad de información se hallan regulados en los artículos 5° y 6°, respectivamente.

Ahora bien, la actual morfología de tipos penales, que corresponden al delito de lavado de activos, debe abordarse tres problemas dogmáticos. El primero es estrictamente hermenéutico y consiste en esclarecer si las criptomonedas o activos virtuales pueden ser considerados objeto de acción de los delitos tipificados en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106. El segundo problema es esencialmente práctico y radica en verificar la flexibilidad de tales tipos penales para poder asimilar en sus alcances a las modalidades frecuentes de lavado de activos virtuales y que vienen ocurriendo en la realidad peruana (Prado Saldarriaga, 2023). Finalmente, un tercer problema es, a la vez, dogmático y práctico. Nos referimos a la noción de dinero en efectivo, que exige el tipo penal del delito regulado en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1106. Al respecto, corresponde deslindar, expresamente, si un activo virtual o criptomoneda puede adquirir tal condición y naturaleza de dinero en efectivo.

A continuación, se ensayará en torno a los problemas planteados con algunas soluciones dogmáticas y prácticas.

4.1. Los activos virtuales son objeto del delito de lavado

Con relación al primer problema planteado, no cabe duda de que los activos virtuales o criptomonedas son también funcionalmente una forma distinta o innovada de activos o bienes. Como ya se ha señalado, son “representaciones digitales de valor que no son emitidas o garantizadas por un banco central o una autoridad pública, no están necesariamente vinculadas a una moneda legalmente establecida y no poseen un estado legal de moneda o dinero”. Sin embargo, en el presente “son aceptadas por personas físicas o jurídicas como medio de intercambio y que pueden transferirse, almacenarse y comercializarse electrónicamente” (SBS,

2019a, p. 20). Es decir, constituyen también una manifestación de patrimonio o riqueza virtual, inmaterial e intangible. De esta manera, su naturaleza y función permiten que se les pueda identificar e interpretar también como objeto de acción de los delitos de lavado de activos que regula el Decreto Legislativo 1106. Es más, la nota interpretativa de la 15° recomendación del GAFI establece lo siguiente: “los países deben considerar a los activos virtuales como “bienes”, “productos”, “fondos”, “fondos y otros activos” u otros activos de “valor equivalente”. Los países deben aplicar las medidas pertinentes en virtud de las recomendaciones del GAFI a los activos virtuales” (GRAFILAT, 2018b, p. 77). Asimismo, en el literal i del artículo 2 del texto de Convención de las Naciones Unidas contra la ciberdelincuencia, aprobado en Nueva York el 9 de agosto de 2024, los activos virtuales son considerados expresamente como bienes que pueden ser objeto de operaciones de lavado del producto del delito en los términos que regula también el artículo 17 de dicho documento: “ i) Por bienes se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, incluidos los activos virtuales, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”

Lo expuesto resulta suficiente para admitir, desvalorar y sancionar penalmente como delitos de lavado todas las operaciones o transacciones que impliquen la conversión, transferencia, adquisición o el ocultamiento y tenencia de activos virtuales de origen ilegal. Por consiguiente, aceptar tal posibilidad operativa y de uso criminal de los activos virtuales compatibiliza plenamente con una interpretación funcional sobre el objeto de acción del delito en los tipos penales contenidos en los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 1106.

4.2. Los actos de lavado de activos virtuales son típicos y punibles

En lo que concierne al segundo de los problemas dogmáticos planteados, tampoco concurren mayores dificultades para la subsunción típica de las modalidades frecuentes de lavado de activos virtuales en los tipos penales de los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 1106. Efectivamente, todas las tipologías hasta ahora conocidas de lavado de activos virtuales pueden asimilarse plenamente a las conductas tipificadas en aquellos artículos. Es decir, se manifiestan mayormente como modalidades delictivas y punibles de adquirir, transformar, permutar, transferir o mezclar activos virtuales de origen ilícito. Además, el que todas estas operaciones o transacciones con activos virtuales se ejecuten en o desde el ciberespacio para ocultar o evitar la detección o el decomiso de ganancias ilícitas del crimen organizado, no impiden que ellas produzcan impactos económicos y criminógenos nocivos en el mundo real (Valdés Trapote, 2022). En consecuencia, todas esas conductas también constituyen formas de conversión, transferencia,

ocultamiento o tenencia de activos de origen ilegal como las que describen y sancionan los mencionados artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 1106.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, solo se requiere que los operadores del sistema penal adopten una interpretación funcional y normativa sobre dicho *modus operandi*, así como sobre su conexión o eficacia final para la legitimación aparente o el aseguramiento de los productos ilegales del crimen organizado.

4.3. Los activos virtuales no son dinero en efectivo

Sin embargo, respecto al tercer problema planteado, no se ve posibilidad de asimilación hermenéutica de un lavado de activo a la condición de dinero en efectivo. Por tanto, en torno a ello se requiere necesariamente de una reforma legislativa. Fundamentalmente, en el artículo 3 el Decreto Legislativo 1106 la disposición legal tipifica y sanciona expresamente el delito de transporte, traslado, ingreso o egreso del territorio nacional de dinero en efectivo o de instrumentos financieros negociables al portador. Esto es, la norma legal citada es expresa e inequívoca para identificar al objeto de acción del hecho punible. Efectivamente, el tipo penal considera específicamente que tienen esa condición únicamente el "dinero en efectivo" y los "instrumentos financieros negociables al portador". Es más, cabe recordar que este delito fue incorporado en el Decreto Legislativo 1106 para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Recomendación 32 del GAFI sobre "Transporte en efectivo", la cual, de manera taxativa, refiere lo siguiente:

Los países deben contar con medidas establecidas **para detectar el transporte físico transfronterizo de moneda e instrumentos negociables**, incluyendo a través de un sistema de declaración y/o revelación.

Los países deben asegurar que sus autoridades competentes cuenten con la autoridad legal **para detener o restringir moneda o instrumentos negociables al portador** sobre los que se sospecha una relación con el financiamiento del terrorismo, el lavado de activos o delitos determinantes, o que son declarados o revelados falsamente.

Además, en el glosario de términos de la aludida nota interpretativa del GAFI, se consigna que el término transporte físico transfronterizo "se refiere al transporte físico entrante o saliente de moneda o instrumentos negociables al portador desde un país hacia otro país". Pero también se precisa que ello comprende tres modalidades de transporte: "(1) transporte físico por una persona natural o en el equipaje o vehículo que acompaña a esa persona; (2) cargamento de moneda o INP mediante carga en contenedores, o (3) el envío por correo de moneda o INP por una persona natural o una persona jurídica". En consecuencia, no queda duda

de que el delito tipificado en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1106 exige como objeto de acción siempre moneda fiat, esto es, un tipo de activos de naturaleza necesariamente física o material como el dinero de curso legal. Dicha calidad y condición no tiene ni puede tener un activo virtual por más que se le denomine moneda virtual o criptomoneda, sobre todo porque no cuenta con ese estatus ni posee el reconocimiento legal de dinero. Es más, esto último, en el caso peruano, ha sido ratificado públicamente y de manera reiterada por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), aclarando en sus comunicados oficiales que "las denominadas criptomonedas o criptoactivos en general no constituyen moneda de curso legal y no cumplen plenamente las funciones de dinero como medio de cambio, unidad de cuenta y reserva de valor". Cabe agregar que, en el caso de las monedas digitales, son activos virtuales que cuentan con el respaldo de un Banco Central, como ocurre actualmente en El Salvador con el bitcoin. Sin embargo, no se cumple plenamente la exigencia típica del artículo 3 del Decreto Legislativo 1106, pues no son materialmente "dinero en efectivo" (Olcese, 2022, pp. 44-45).

De acuerdo con lo expuesto líneas arriba, cabe concluir que no es posible subsumir, por vía de interpretación en la tipicidad del artículo 3° del Decreto Legislativo 1106 (Prado Saldarriaga, 2023, pp. 121-152), el ingreso o salida del territorio nacional de una billetera digital con criptomonedas de origen ilícito. Fundamentalmente, no se trata del transporte, ingreso o salida de dinero de curso legal ni tampoco de dinero en efectivo. Portanto, cualquier intento o planteamiento hermenéutico en sentido contrario resultará ser una analogía negativa y contraria al principio de legalidad. Además, las criptomonedas tampoco cuentan, de momento, con el reconocimiento o respaldo formal que posee cualquier tipo de instrumento financiero negociable "al portador". En términos concretos y prácticos, los actos de transporte, traslado, ingreso o egreso del territorio nacional de activos virtuales de origen ilícito almacenados en cualquier clase de soporte informático o digital (billeteras digitales, computadoras, *laptop*, *tablets*, teléfonos celulares e incluso en un USB) es todavía para la legislación penal peruana una conducta atípica y carente de relevancia penal. Ello no sólo constituye una sensible vulnerabilidad, sino que constituye también un alto riesgo de prácticas de lavado de las ganancias ilegales del crimen organizado. En lo esencial, como se ha explicado anteriormente, quien traslade o porte consigo monedas virtuales podrá luego negociar plenamente con ellas o convertirlas en dinero en efectivo o intercambiarlas por otras monedas virtuales de procedencia lícita o ilícita.

Resulta entonces oportuno plantear de *lege ferenda* una urgente y prioritaria reformulación del texto actual del aludido artículo 3°. En efecto, se requiere construir una redacción legal más innovadora e ingeniosa, por lo que, al incorporar un texto normativo, es necesario considerar también sus alcances a las

monedas virtuales. Es decir, se debe añadir en el texto legal vigente del artículo 3° una referencia enunciativa más refinada e inclusiva de los “activos virtuales” o “monedas virtuales” o incorporar a los activos virtuales como un tipo de bienes, efectos o ganancias también en el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106.

4.4. Configuración de delitos periféricos con activos virtuales

Finalmente, para concluir el examen realizado, el delito de lavado de activos virtuales y sobre la utilidad de los tipos penales contenidos en el Decreto Legislativo 1106 para reprimir tales actos, es importante referirse a los delitos periféricos regulados en los artículos 5° y 6°. Esto es, a los delitos de omisión de reporte de operaciones o transacciones sospechosas y de rehusamiento, retardo o falsedad de información. En torno a tales hechos punibles es de mencionar que no se detecta ninguna limitación de legalidad típica para su configuración y punibilidad en relación con conductas que involucren activos virtuales. Especialmente, los delitos periféricos no son actos de lavado de activos virtuales sino solamente incumplimientos de obligaciones legales o de mandatos dispuestos por autoridad competente; son delitos típicos de mera desobediencia. Por ello, para que los delitos de los artículos 5° y 6° puedan producirse con referencia a activos virtuales radica solo en la existencia de esas obligaciones de reporte de operaciones sospechosas detectadas o, también, de los requerimientos oficiales y determinados de información que formule una autoridad competente. Ahora bien, cabe destacar que desde finales de julio de 2023 el Decreto Supremo N°006-2023-JUS incorporó formalmente como sujeto obligado a informar operaciones y transacciones sospechosas a los proveedores de servicios con activos virtuales-PSVA. Por tanto, ellos pueden ahora incurrir en las modalidades dolosas o culposas del delito de omisión de reporte que tipifica y sanciona el artículo 5° del Decreto Legislativo 1106. Es más, recientemente se ha publicado en el diario oficial El Peruano una separata especial que reúne las normas para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los proveedores de servicios de activos virtuales-PSAV bajo supervisión de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Se trata de la Resolución SBS N.º 02648-2024 del 30 de julio de 2024. Es un documento amplio y detallado que reúne sistemáticamente disposiciones que definen conceptos operativos sobre activos virtuales. Además, identifica las transacciones que se realizan con intervención de los PSAV y a favor de terceros. Incluye también un pormenorizado marco regulador relacionado con la denominada “regla del viaje”, así como con el umbral de las operaciones reportables y que se ha fijado en 1000 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional. En ese mismo sentido, también definen con claridad la oportunidad, identificación y reporte de operaciones o transacciones

inusuales y sospechosas. Se norma, igualmente, lo concerniente al perfil y funciones que deberá cumplir el Agente de Cumplimiento de los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales. En torno a ellos se resalta la obligación de la debida diligencia en la identificación de las operaciones y detección de aquellas inusuales o sospechosas. Asimismo, esta obligación hace expresa referencia a los deberes de confidencialidad de los reportes y sus correspondientes exenciones de responsabilidades civiles o penales en favor del reportante. Por último, se alude a las buenas prácticas en la aplicación de los programas de cumplimiento como identificar el mapa de riesgos y la configuración de normatividad interna ética, así como el desarrollo de acciones de capacitación que se deben brindar al personal adscrito al Proveedor de Servicios de Activos Virtuales-PSAV.

Finalmente, cabe destacar los plazos para la vigencia de este inédito sistema normativo, así como de los regímenes transitorios sobre disposiciones especiales como las alusivas a la regla del viaje, lo cual es pertinente y justificado dado lo novedoso de toda esta normatividad en nuestro país. Por ejemplo, si bien el aludido sistema normativo entró en vigor al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, se prevé otros plazos más extensos como los dos años para la “regla de viaje”.

Ahora bien, como comentario final, cabe considerar lo oportuno y completo de la Resolución SBS N.º 02648-2024, porque nos alinea con las tendencias actuales que desarrolla la legislación internacional y comparada más avanzada. Corresponde, pues, augurar que las nuevas normas sean eficaces. Esto habrá de reflejarse en los próximos reportes de operaciones sospechosas de lavado de activos virtuales que haga la UIF del Perú, así como en las tipologías que este organismo vaya detectando.

En lo concerniente al delito de rehusamiento, retardo o falsedad de información, no hay necesidad de ninguna adición o reformulación que realizar en el texto vigente del artículo 6º. Lo relevante será, únicamente, que los requerimientos de información que se formulen (datos específicos de una operación o intervinientes en ella o documentación pertinente), por ejemplo, a un PSAV, deberán estar siempre vinculados a una investigación o proceso penal por delito de lavado de activos. Asimismo, a quien le sea requerida tal información se encuentra en la obligación legal de suministrarla en su integridad y oportunamente.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar este breve examen sobre los delitos de lavado de activos virtuales en la legislación peruana, cabe concluir que la normatividad vigente se encuentra en gran medida apta para ese propósito político criminal. Sin embargo, es necesario precisar que el articulado vigente del Decreto Legislativo 1106 puede perfilarse

mejor para aquellos efectos con puntuales ajustes y modificaciones legales en sus disposiciones penales y especialmente lo que atañe al objeto virtual de las acciones delictivas (criptomonedas). Paralelamente, se deben ampliar las disposiciones de naturaleza preventiva recogiendo las diferentes recomendaciones formuladas por el GAFI, así como las mejores experiencias legislativas desarrolladas en el derecho comparado. Al respecto, es de tener en cuenta que el lavado de activos virtuales ya es en el Perú una nueva tipología del crimen organizado y no solo una grave amenaza. En ese sentido es pertinente tener en cuenta lo señalado por Gómez Iniesta (2023):

Son muchos los desafíos legales que plantea el mundo digital, pero debemos estar a la altura de los retos que igualmente suscita el ciberblanqueo. La evolución permanente de las nuevas tecnologías ofrece la posibilidad de efectuar operaciones transfronterizas de realización rápida y con anonimato, relativo en algunos casos, total en otros, dificultando la eficacia de las normas (p. 1184).

REFERENCIAS

- Aguedo, B. (19 de marzo de 2019). *Apuntes introductorios sobre el riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo en las transacciones con criptomonedas*. The Crypto Legal. <https://thecryptolegal.com/apuntes-introductorios-sobre-el-riesgo-de-lavado-de-activos-y-financiamiento-del-terrorismo-en-las-transacciones-con-criptomonedas/>.
- Arango-Arango, C.A., Barrera-Rego, M.M., Bernal-Ramírez, J.F., y Boada-Ortiz. (2018). *Criptoactivos*. Banco de la República-Colombia. <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones/documento-tecnico-criptoactivos>.
- Bodoque Agredano, A. y Orduna Lanau, A. (2022). *Guía de investigación en el lavado de activos mediante criptodivisas*. Disponible en: <https://elpaccto.eu/wp-content/uploads/2022/07/Guia-Lavado-Activos-Criptodivisas.pdf>
- Cuadros, F. (2022). *INEI: 10 millones de peruanos trabajan en la informalidad*. Disponible en: <https://larepublica.pe/economia/2022/11/20/inei-10-millones-de-peruanos-trabajan-en-la-informalidad-empleos-pandemia-covid-19-mef-china-armando-mendoza-farid-matuk-sunat>
- European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (2023). IOCTA.
- Financial Crime Academy (2024). *Lavado de dinero en la era digital: explorando el papel de los activos virtuales*.
- Financial Action Task Force. (2020). *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*. The Financial Action Task Force and Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Financial Action Task Force. (2022). *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets Service Providers*.
- Guardia Quispe, K. (13 de marzo de 2023). UIF: Empresas que ofrecen criptomonedas cerca de ser reguladas tras luz verde del Minjus. *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/economia/empresas/uif-sbs-peru-fiscalua-lavado-de-activos-criptomonedas-criptoactivos-minjus-uif-empresas-que-ofrecen-criptomonedas-cerca-de-ser-reguladas-tras-luz-verde-del-minjus-noticia/>

- Gómez Iniesta, D. J. (2023). Utilización de las Nuevas Tecnologías en la Comisión del Blanqueo de Dinero. En E. O. Álvarez Yrala (Coord.). *Derecho penal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al Profesor Felipe Villavicencio Terreros* (Vol. 2, pp. 1151-1190). Grijley.
- Grupo de Acción Financiera Internacional. (2015). *Directrices para un enfoque basado en riesgos. Monedas Virtuales*.
- Grupo de Acción Financiera Internacional. (2021). *Guía actualizada para un enfoque basado en el riesgo. Activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales*.
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2021). *Informe Tipologías Regionales de LA/FT 2019-2020*. <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Informe%20de%20Tipolog%3%adas%20Regionales%20de%20LA-FT%202019-2020%20%20GAFILAT%20%202021.pdf>
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2018a). *Ejercicio Bienal de Tipologías Regionales. Casos y Tipologías Regionales 2017-2018*. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica y Unidad de Análisis Financiero y Económico. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/tipologias-17/3126-informe-tipologias-regionales-gafilat-2018/file>
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. (2018b). *Las Recomendaciones del GAFI. Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica.
- Notes de Seguret. (12 de abril de 2023). Las fuerzas policiales ante las criptomonedas y el 'blockchain'. *Generalitat de Catalunya*. <https://notesdeseguret.blog.gencat.cat/2023/04/12/las-fuerzas-policiales-ante-las-criptomonedas-y-el-blockchain/>
- Olcese, B. (2022). *Criptonegocios: el sistema que cambió las reglas de juego*. Nóstica editorial.

Observatorio Nacional de Política Criminal (2021). *El tráfico de vida silvestre en la Amazonía. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2517362/El%20tr%C3%A1fico%20de%20vida%20silvestre%20en%20la%20Amazon%C3%ADa.pdf.pdf?v=1637960089>

Observatorio Nacional de Política Criminal (2022). *La Tala Ilegal en la Amazonía Peruana. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3095185/Documento%20-%20La%20tala%20ilegal%20en%20la%20Amazon%C3%ADa%20peruana.pdf.pdf?v=1654203896>

Pérez López, X. (2017). Las Criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumento de blanqueo de capitales en la Unión Europea y en España. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (18). <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24454>.

Prado Saldarriaga, V. R. (1997). El lavado de dinero como delito internacional. *Política Internacional*, (47), 129-136.

Prado Saldarriaga, V.R. (2019). *Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú*. IDEMSA.

Prado Saldarriaga, V.R. (2023). Lavado de Activos virtuales. Nueva tipología del crimen organizado en el Perú. *Gaceta Jurídica*.

Santiago González, J. (20 de mayo de 2021). *Riesgo de Lavado. Auge de las Criptomonedas*. Iberoamericana. Educación Ejecutiva. <https://www.ibeeducation.com/blog-articulo/riesgo-de-lavado-de-dinero-el-auge-de-las-criptomonedas/>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). (2019a). *Activos Virtuales y Proveedores de Activos Virtuales: Diagnóstico Situacional. Legislación Comparada y Exposición a los Riesgos de LA/FT en el Perú*. <https://www.sbs.gob.pe/portals/5/jer/estudio-analisis-riesgo/estudio%20activos%20virtuales%20y%20opsav.pdf>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). (2019b). Prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. *Boletín Informativo*, 78. https://www.sbs.gob.pe/portals/5/jer/boletin-informativos/2019/boletin_informativo_78.pdf

EL CASO LAVA JATO EN PERÚ: LAS LECCIONES APRENDIDAS Y UN ENSAYO SOBRE SUS VÍCTIMAS

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.392>

José Ugaz Sánchez-Moreno¹
Pontificia Universidad Católica del Perú
<https://orcid.org/0009-0006-0813-825X>
jugaz@pucc.edu.pe

Samuel Rotta Castilla²
Investigador independiente
<https://orcid.org/0009-0000-6968-404X>
samuel.rotta@gmail.com

RESUMEN

Este artículo se centra en el desarrollo del caso Lava Jato desde su génesis en Brasil y la evolución desde que la onda expansiva llegó a Perú, a fines de 2016 en adelante. Esta revisión se enfoca tanto en la dimensión procesal como en la relación con los procesos políticos. Asimismo, se detiene sobre algunos de los más importantes proyectos de infraestructura comprometidos en el caso, haciendo un ejercicio por identificar a las víctimas y sus derechos afectados por las acciones de corrupción que contaminaron estas obras. Aunque todavía el desenlace está lejos de verse, ya es posible leer críticamente los hechos y procesos que se han evidenciado en estos años. Las lecciones que extraemos se relacionan con la importancia de contar con un sistema concentrado anticorrupción, con un análisis de la duración excesiva de las investigaciones y los procesos, así como del uso de las prisiones preliminares y preventivas. También evaluamos la necesidad de contar con una política comunicacional formal y transparente sobre la evolución de las investigaciones, los cuestionamientos sobre la politización de las investigaciones y la crisis institucional

-
- 1 Abogado penalista socio del Estudio Benites, Vargas & Ugaz y docente de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - 2 Bachiller en ciencias sociales con mención en sociología de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue director de Proética, capítulo peruano de Transparencia Internacional, entre 2018 y 2024. Desde 2003, en la misma institución, ha sido promotor, investigador, coordinador de proyectos y director adjunto. Ha realizado consultorías para fundaciones internacionales, agencias de cooperación, organizaciones civiles e instituciones públicas nacionales sobre materias de su especialidad. Es autor de artículos y documentos de trabajo sobre corrupción en el Perú.

de la justicia. Finalmente, abrimos una discusión sobre la invisibilidad de las víctimas de los casos de corrupción y el desamparo en que estas se encuentran.

Palabras clave: Lava Jato - gran corrupción – anticorrupción - política peruana - víctimas de corrupción.

1. PRESENTACIÓN

Este artículo recoge un anhelo al que hemos venido aspirando desde hace unos años: evaluar y proponer cuáles son las lecciones aprendidas que nos deja el caso Lava Jato. Parece paradójico que nos embarquemos en este esfuerzo cuando el caso no ha concluido. Es más, lo hacemos entre mayo y julio de 2024, en un momento en el que se ha iniciado el juicio oral de un caso emblemático como el del expresidente Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia, acusados de haber recibido USD 3 millones de la empresa brasileña Odebrecht para financiar su campaña electoral de 2011, a cambio de facilitar la concesión de determinadas obras a su favor y otras prácticas corruptas. Ocurre también cuando acaba de empezar el juicio oral contra la excandidata presidencial Keiko Fujimori y otros 46 imputados por hechos similares, y cuando el expresidente Alejandro Toledo, detenido preventivamente, luego de haber sido extraditado de Estados Unidos, enfrenta un juicio por haber recibido un cuantioso soborno de Odebrecht para adjudicarles un mega proyecto de infraestructura vial.

Sin embargo, han transcurrido ocho años desde que se iniciaron estas investigaciones y mucha agua ha corrido bajo el río. Es más, resulta muy pertinente este análisis en una coyuntura en la que las investigaciones y procesos en Brasil contra los actores —empresas y personas— comprendidos en el caso Lava Jato, han sufrido un grave revés por la vendetta política cobrada por el expresidente inicialmente condenado y actual presidente libre de cargos, Luiz Inácio Lula da Silva.

Más pertinente aún en un contexto en que se está discutiendo con plena actualidad en el país cuáles serán las consecuencias en las investigaciones peruanas de lo ocurrido en Brasil. Se percibe un cierto triunfalismo del lado de los imputados y sus aliados, y, cómo negarlo, un relativo pesimismo en quienes vimos con mucha expectativa el impulso de investigaciones por gran corrupción a cargo de fiscales y jueces decididos a enfrentarse a poderes de gran calibre.

En tanto seres humanos, es evidente que varios de los protagonistas han cometido errores personales en la tramitación de los casos, varios de los cuales están descritos en este artículo. Sin embargo, es innegable que fiscales y jueces se ven obligados a operar en un sistema ineficiente, carente de recursos materiales y humanos para enfrentar tamaño reto.

A mitad de 2024, vivimos una arremetida desde el lado de la corrupción, encabezada por congresistas que buscan granjearse impunidad a como dé lugar por sus múltiples delitos (y con 6 % de aprobación pública), en complicidad con un gobierno también atravesado por la corrupción desde las más altas esferas hacia abajo (con un 5 % de aprobación). Este ejercicio puede ser útil, no solo para el futuro, sino incluso para los procesos e investigaciones en curso.

Insistir y profundizar en los aciertos y corregir los errores, cuando aún se está a tiempo, enaltece a quien así obra. Hoy no hay voluntad política para generar un cambio que asegure un resultado destacable en este proceso anticorrupción. Todo lo contrario, el gobierno y el Congreso andan en una frenética carrera para desmontar toda la infraestructura anticorrupción y allanarle el camino al crimen organizado. No obstante, la historia enseña que, después de períodos oscurantistas, vendrán tiempos mejores y, ante ellos, estas reflexiones pueden ser valiosas.

2. CASO LAVA JATO: DIEZ AÑOS DESPUÉS

El inicio de la llamada Operación Lava Jato se remonta al 17 de marzo de 2014, cuando la Policía del Estado de Paraná, que estaba investigando un esquema de lavado de dinero por un grupo de cambistas de dólares, ingresó al hotel Luzeiros en Maranhão para detener al cambista Alberto Youssef. Enterado de que venían por él, salió de su habitación cargando una maleta con 1,4 millones de reales en efectivo, la llevó a la habitación de su amigo Antonio de Campos, y retornó inmediatamente para esperar a la policía. No contaba con que todo estaba siendo filmado por las cámaras de seguridad del hotel.

La policía había identificado a Alberto Youssef como pieza clave de la organización de lavadores, luego de haber interceptado las líneas telefónicas de la estación de gasolina Posto da Torre, en Brasilia. La operación policial fue bautizada como Lava Jato ('lavado al chorro'), porque en esa gasolinera, de propiedad del cambista Carlos Habib Chater, funcionaba una lavandería y una casa de cambio. Al ser interrogado acerca de la maleta, Alberto Youssef confesó que el dinero iba a ser entregado a João de Abreu, secretario de la gobernadora de Maranhão, Roseana Sarney. El detenido estaba actuando como intermediario de la empresa constructora UTC/Constran. Esta tenía una acreencia litigiosa de 113 millones de reales con el gobierno de Maranhão, al que había convencido de pagar la deuda gracias a sus contactos y a las comisiones que entregaría al secretario.

Poco tiempo antes, en 2013, el policía delegado Marcio Anselmo estaba revisando las cuentas de internet de Alberto Youssef y encontró la nota fiscal de una camioneta Range Rover, vehículo de lujo que acababa de comprar por 250 mil reales. Sin embargo, extraña que la camioneta no estaba a su nombre, sino

al de Paulo Roberto Costa. Resultó que Costa era exdirector de abastecimiento de Petrobras, la gigante estatal brasileña del petróleo, en la que había trabajado treinta y cinco años. Al salir de esta, montó la empresa consultora Costa Global. Cuando fue citado a declarar ante la policía, se puso nervioso, y pidió a sus hijas que fueran a su oficina para retirar documentos comprometedores, además de 100.000 reales en efectivo aproximadamente. La policía, que monitoreaba la oficina, consiguió las filmaciones donde se observa más bien a los yernos ingresando y retirando el material. Al ingresar a la casa de Paulo Costa, la policía encontró, en efectivo, 180 mil dólares, 10 mil euros y 750 mil reales, y un documento donde aparecían los nombres de grandes empresas constructoras de Brasil y sus representantes (Mendes Junior, Iesa, Engevix, UTC/Constran, Camargo Correa y Andrade Gutierrez). Además, en una columna al lado, se halló frases como "Está dispuesto a colaborar" o "Ya está colaborando, pero va a aumentar". El exdirector fue detenido de inmediato.

Alberto Youssef había sido detenido en 2003 por el caso Banestado, acusado de evasión de divisas. En esa oportunidad, fue uno de los primeros en acogerse a la delación premiada en Brasil, precisamente con el juez Sergio Moro, quien también estuvo a cargo del Caso Lava Jato. Luego de recuperar su libertad, Alberto Youssef siguió delinquiendo y se convirtió en un megaoperador financiero, especializado en lavado de dinero para políticos y empresas. La policía calcula que, entre 2011 y el día de su captura, en 2014, había realizado más de 3.500 operaciones de envío de dinero desde Brasil hacia el exterior. Por su parte, Paulo Costa conoció al líder del Partido Progresista (PP), el diputado José Janene, quien lo hizo director de Petrobras a cambio de que atendiera los pedidos de favores políticos y económicos del partido. A la muerte del diputado en 2010, Alberto Youssef pasó a controlar el esquema de cobro de sobornos por colocar las obras de Petrobras y derivar parte del dinero al PP.

Al incautar gran cantidad de documentos a Alberto Youssef, la policía descubrió que estaba frente a una sofisticada estructura de lavado de dinero, montada exclusivamente para administrar empresas de fachada. Cuando se levantó su secreto bancario, pudo evidenciarse que las mayores empresas del país le habían hecho depósitos millonarios. Se trataba de pagos que luego intentarían justificar con supuestos contratos de consultoría y prestación de servicios.

Después de cincuenta y nueve días en prisión, Paulo Costa fue liberado. Sin embargo, poco después volvió a ser detenido al descubrirse que tenía cuentas por 23 millones de dólares en Suiza. Este monto era totalmente incompatible con sus ingresos y estaba a nombre de empresas *offshore*. Finalmente, debido a la presión de su familia, Costa decidió acogerse a la delación premiada el 27 de agosto de 2014. En sus primeras declaraciones habló de un "triángulo de políticos-gobierno-

empresa”, y entregó el nombre de veintisiete políticos: tres gobernadores, diez senadores y catorce diputados federales. Además, luego de ser nombrado director de Petrobras con ayuda de José Janene, empezó a derivar dinero al PP. Sin embargo, a cambio de mantenerlo en el cargo, también fue requerido por otros partidos que llegaban al poder como el Partido del Movimiento Democrático Brasileiro (PMDB) y el Partido de los Trabajadores (PT).

Luego, Paulo Costa informó que las empresas con capacidad para desarrollar grandes obras en Brasil habían creado un cártel llamado “Club de los 16”.³ Este les permitiría apropiarse de las multimillonarias licitaciones de Petrobras a cambio del pago de un porcentaje del contrato como soborno. Los empresarios calculaban un margen de lucro del 10 al 20 por ciento y, sobre ese valor, aumentaban entre 1 y 3 por ciento al precio final, monto que luego era derivado al partido político que dominaba el directorio. El 1 por ciento que recibía el PP era dividido de la siguiente manera: 60 por ciento para el partido, 20 por ciento para lavar el dinero y 20 por ciento para Paulo Costa y Alberto Youssef, quienes, a su vez, se repartían 70 y 30 por ciento, respectivamente. En compensación por su colaboración, Paulo Costa fue enviado a arresto domiciliario el 10 de octubre de 2014.

Por su parte, Alberto Youssef, sin alternativa después de la confesión de Paulo Costa, decidió firmar un acuerdo con la Fiscalía a fines de septiembre. Producto de su delación premiada, devolvió 50 millones de reales en bienes y dinero, y entregó 58 anexos con nombres, indicios e historias, información que dio lugar al inicio de decenas de investigaciones. Además, en su segunda declaración ante la Fiscalía, señaló que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, la entonces presidenta Dilma Rousseff, y exministros poderosos, como José Dirceu y Antonio Palocci, estaban al tanto sobre el esquema de sobornos.

Luego de que se supo que Paulo Costa y Alberto Youssef habían confesado, vino una reacción en cadena y surgieron nuevos delatores: los empresarios Julio Camargo y Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, y el exgerente ejecutivo de Petrobras Pedro Barusco, quien entregó 100 millones de dólares que guardaba en Suiza. Producto de la información recibida, el 14 de noviembre de 2014, a las 6:20 horas, se dio inicio a la séptima fase de la Operación Lava Jato, llamada “del Juicio Final”. Trescientos policías y cincuenta agentes federales fueron movilizados en cinco estados (São Paulo, Paraná, Rio de Janeiro, Pernambuco y Minas Gerais), y en el distrito federal, para ejecutar ochenta y cinco órdenes judiciales de arresto preventivas y definitivas. El segundo día del Juicio Final terminó con veintitrés presos. Entre los detenidos estaban algunos de los hombres más ricos de Brasil, como los presidentes de Queiroz Galvão, OAS y UTC Engenharia.

3 Posteriormente se identificaron hasta veintitrés empresas que integrarían el cártel de Petrobras.

Por su parte, a pedido del Fiscal de la Nación, Rodrigo Janot, el magistrado supremo Teori Zavascki⁴ abrió proceso a cuarenta y nueve personas con derecho a antejuicio; de ellas, cuarenta y siete eran políticos de alto nivel. Los primeros políticos en ir a prisión fueron el diputado Andrés Vargas, los exdiputados Luis Argolo y Pedro Correa, y el tesorero del PT João Vaccari, por recaudar dinero de las empresas proveedoras de Petrobras de forma ilegal para las campañas electorales del partido. También se detuvo al diputado Eduardo Cunha, presidente de la Cámara de Diputados, por haber recibido 5 millones de dólares en el tema de los navíos sonda. En este, se pagaron 40 millones de dólares en sobornos (luego serían descubiertas varias empresas *offshore* a través de las cuales había movido grandes cantidades de dinero).

Mención aparte merece la captura de Marcelo Odebrecht, presidente de la empresa más grande de Brasil, cuyo apellido da nombre a la firma. Era considerado uno de los diez hombres más ricos de ese país, con una fortuna de 10 mil millones de reales (3 mil millones de dólares), y una casa en São Paulo valuada en 30 millones de reales (9,5 millones de dólares). Según sus propias declaraciones, 150 mil familias dependían directamente de la empresa, y más de un millón, indirectamente. El empresario fue detenido el 19 de junio de 2015, junto con cuatro directores de su compañía. Paulo Costa declaró haber recibido 23 millones de dólares de Odebrecht en Suiza.

Posteriormente, el 2 de julio de 2015, fue detenido Jorge Luis Zelada, director internacional de Petrobras. Según Pedro Barusco, Zelada había recibido diversas cantidades de dinero por asignar los contratos de los navíos sonda que necesitaba adquirir Petrobras.

Las consecuencias sociales de esta gran crisis en las principales empresas de construcción no se hicieron esperar. Solo en dos meses, entre fines de 2014 y comienzos de 2015, los consorcios a los que pertenecían estas empresas despidieron a 12 mil personas en todo el país. En dos megaobras, el Complejo Petroquímico de Rio de Janeiro y la Refinería Abreu e Lima, se despidieron a 63.200 trabajadores entre diciembre de 2014 y noviembre de 2015. Según la Federación Nacional de la Industria de Construcción Pesada, debido a la paralización de las grandes obras de infraestructura de Petrobras, en su sector, 85 mil personas se quedaron sin trabajo en 2014 y 88 mil en 2015. Al respecto, el periodista Vladimir Netto indicó que "muchos de estos trabajadores, despedidos sin causa justa, fueron a su casa

4 Teori Zavascki murió trágicamente el 9 de enero de 2017, al caer la avioneta en la que se desplazaba. Esto dio pie a una serie de especulaciones sobre una posible conspiración en su contra, pues estaba en proceso de decidir la situación jurídica de varios procesados poderosos. Finalmente, se descartó la tesis del atentado y quedó claro que se trató de un accidente.

sin otra alternativa que asistir al desarrollo de la crisis por la televisión y luchar por su propia sobrevivencia”.

La gigante y poderosa Petrobras, en su mejor momento, el 21 de mayo de 2008, llegó a valer 510 mil millones de reales (equivalente aproximadamente a 160,8 mil millones de dólares). Sin embargo, el 17 de marzo de 2014, cuando empezó la Operación Lava Jato, el valor de Petrobras había caído a 160 mil millones de reales (50,4 mil millones de dólares), menos de un tercio de su valor original. Luego, el 28 de enero de 2015, la empresa anunció que en 2014 había perdido la astronómica suma de 88,6 mil millones de reales (28 mil millones de dólares) como resultado del desvío de fondos, sobrepagos, inversiones equivocadas e interferencia del gobierno. Durante esos años, su valor volvió a caer a 120 mil millones de reales (38 mil millones de dólares). Al final, entre 2008 y enero de 2016, Petrobras perdió el 90 por ciento de su valor en el mercado. Según un balance oficial de la empresa, con fecha 22 de abril de 2015, Petrobras había perdido 6.190 millones de reales (1.950 millones de dólares), solamente por corrupción.

En el segundo trimestre de 2015 se produjeron las primeras sentencias condenatorias por el Caso Lava Jato. El juez Moro condenó a Paulo Costa a 7 años y 6 meses de prisión; a Alberto Youssef, a 9 años y 2 meses; a los empresarios Alex Avancini y Carlos Leite, a 15 años; al presidente de OAS, Léo Pinheiro, a 16 años y 4 meses; al exdirector de Petrobras Renato Duque, a 20 años y 8 meses; a Pedro Barusco, a 18 años y 4 meses; a Andrés Vargas, vicepresidente de la Cámara de Diputados, a 14 años y 4 meses; al político Luiz Argolo, a 11 años y 11 meses; y, entre muchos otros, a Marcelo Odebrecht, a 19 años y 4 meses.⁵

Hasta mayo de 2016, dos años y dos meses después de haberse iniciado la Operación Lava Jato, el juez Sergio Moro había emitido diecinueve sentencias condenatorias sobre setenta y cinco personas. Las penas impuestas sobrepasaban los mil años de prisión. Desde el 17 de marzo de 2014 hasta mayo de 2016, se habían cumplido treinta etapas de la investigación y se habían promovido treinta y nueve acciones penales. Estas comprendían a ciento cuarenta investigados, de los cuales sesenta se habían acogido a la delación premiada. Hasta abril de 2016, se habían recuperado 2,9 mil millones de reales (914 millones de dólares) gracias a los acuerdos de colaboración.

Las investigaciones y procesos en Brasil siguieron avanzando y, simultáneamente, arrojaron evidencia de que las empresas involucradas en

5 Luego de varios meses de resistencia arrogante, pese a estar detenido, Marcelo Odebrecht finalmente cayó en la cuenta de que el juez Sergio Moro no cedería y decidió acogerse a la delación premiada. Además, convenció a más de setenta funcionarios de su empresa a colaborar con la justicia. Como consecuencia de su cooperación, en enero de 2018 se le rebajó la condena a ocho años de prisión y se le cambió la pena de cárcel por arresto domiciliario en su lujosa mansión.

la trama Lava Jato habían exportado sus prácticas corruptas a diez países del continente americano (Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela) y dos de Africa (Angola y Mozambique).

Los diversos países involucrados, algunos a mejor ritmo que otros, iniciaron sus propias investigaciones, que, al parecer, en la mayoría de ellos, el patrón de corrupción había sido el mismo: las grandes empresas brasileras partícipes de la trama habían sobornado a presidentes y/o altos funcionarios del Estado contratante a fin de hacerse de importantes obras de infraestructura sobrevaluadas (normalmente a través de adendas al contrato original).

Brasil tenía ventaja en el avance de las investigaciones y procesos por haber iniciado las pesquisas antes que todos, y por haber recibido información privilegiada a través de sus procesos de colaboración eficaz al que se sometieron decenas de investigados. Por ello, se convirtió en una fuente valiosa de aportación de evidencia obtenida en su territorio a los otros países.

De esta forma, por medio de convenios de cooperación internacional, Brasil entregó a varios países material probatorio y facilitó la toma de declaraciones a diversos imputados brasileños sobre los actos de corrupción realizados fuera de su territorio, con la condición de que los informantes no fueran comprendidos en investigaciones o procesos penales en esos terceros países.

En esa dinámica, el Perú, debido a la proactividad de los fiscales del "Equipo Lava Jato", creado especialmente para lidiar con estas investigaciones, fue uno de los que más se benefició de estos mecanismos de cooperación. Para ello, viajaron varios fiscales peruanos en diversas oportunidades a Suiza y Brasil a traer evidencia relevante y tomar declaraciones a los investigados, elementos que luego fueron incorporados en las investigaciones peruanas.

Todo funcionaba con bastante fluidez, salvo los usuales cuestionamientos provenientes de las partes investigadas o de grupos de interés contrarios a las investigaciones, y algunos tropiezos procesales. Sin embargo, el domingo 9 de junio de 2019 estalló un escándalo a raíz de la publicación en el diario digital *The Intercept Brasil*, respecto de una serie de reportajes titulados "Archivo Secreto de Brasil". En ellos, basados en la filtración de comunicaciones entre el jefe de fiscales de la fuerza de tarea Lava Jato de Curitiba, Deltan Dallagnol, y el juez de la causa, Sergio Moro, se denunciaba la existencia de coordinaciones entre ambos para lograr determinados resultados, lo que no debe ocurrir entre un fiscal y un juez. Según el medio, se trataba de "actitudes cuestionables, politizadas y de dudosa legalidad" (Moro et al., 2019).

Los cuestionamientos se centraban mayormente en el caso seguido contra el entonces expresidente de Brasil Luiz Inácio Lula da Silva. Se le acusó y

condenó por haber recibido un departamento frente al mar, como soborno pagado por un contratista en retribución por haber sido beneficiado con varios contratos multimillonarios con la empresa petrolera estatal Petrobras. Lula fue apresado, condenado e impedido de postular a las elecciones presidenciales del 2018. Sus partidarios y simpatizantes sostuvieron que se trató de una manipulación de la justicia para impedir su victoria y la del Partido de los Trabajadores (PT), que él representaba.

Según la información obtenida por *The Intercept*, contenida en chats y grabaciones de conversaciones telefónicas, ambos discutían sobre las debilidades del caso contra Lula. Moro, por su parte, aconsejaba estratégicamente a los fiscales, les ofrecía datos clave para que exploren nuevos rumbos en las investigaciones y les informaba, por anticipado, de sus decisiones, de manera que rompía la imparcialidad que debe orientar la función de todo juez.

Para complicar más la situación y darles razones adicionales, sus críticos sostenían que las investigaciones del caso Lava Jato fueron manipuladas por razones políticas. Luego de este escándalo, Moro renunció a la judicatura y fue nombrado ministro de Justicia del cuestionado presidente de derecha Jair Bolsonaro, acérrimo opositor de Lula, quien actualmente se desempeña como senador. Dallagnol también se alejó de la función fiscal y fue elegido como diputado federal por Paraná con una abrumadora votación, cargo que luego fue anulado por el Tribunal Superior Electoral debido, a diversas investigaciones administrativas existentes en su contra.

En las elecciones del 2023, Lula fue reelegido presidente de Brasil y ha implementado cambios a su favor en el sistema de justicia, donde el actual responsable del caso Lava Jato es el magistrado supremo José Antonio Dias Toffoli. En 2009 fue nominado para el puesto por el propio Lula, luego de desempeñarse como abogado del PT durante varios años y su apoderado en tres campañas presidenciales.

Dias Toffoli ha anulado recientemente la sentencia condenatoria contra Lula y declarado inutilizable toda la prueba obtenida en la colaboración de ejecutivos de Odebrecht (menos la de Marcelo Odebrecht), por considerar que es "ilegal, heterodoxa y abusiva". Además, indicó que esta se obtuvo de manera irregular, además de suspender la multa de USD 1,700 millones impuesta a la empresa.

El mismo juez supremo ha suspendido la multa de 10 billones 300,000 reales impuesta a la empresa J&F, protagonista de otro gigantesco escándalo de corrupción en Brasil, empresa que es defendida por su esposa, Roberta Rangel. En una clara actitud de hostigamiento, Dias Toffoli ha iniciado una arremetida contra el capítulo brasileiro de Transparencia Internacional –que estuvo monitoreando muy activamente las investigaciones de Lava Jato y J&F– acusándolos falsamente

de haber confabulado con el fiscal Dalagnoll para manipular ilegalmente fondos recuperados como consecuencia de las investigaciones.

La decisión sobre la nulidad de las pruebas ha generado un debate legal sobre las consecuencias de esta decisión en el Perú, toda vez que ha sido invocada por los abogados de los imputados para, a su vez, plantear nulidades en las investigaciones peruanas alegando que se basan en pruebas invalidadas en Brasil. Por su parte, el Ministerio Público y otro sector de abogados, que defiende las investigaciones, sostienen que tales pedidos no proceden, porque la evidencia que las sustentan procede de una fuente legítima en Suiza y de prueba obtenida independientemente en el país.

3. SITUACIÓN EN EL PERÚ: LO PROCESAL Y LO POLÍTICO

3.1. Escándalo y respuesta

Mientras avanzaban las investigaciones de Lava Jato en Brasil, “empezaron a surgir menciones de operadores financieros —como Leonardo Meirelles— y de *doleiros* transportadores de dinero físico —como Rafael Angulo López y Carlos de Souza Rocha, conocido como ‘Ceará’—, que señalaban al Perú como un destino de envíos ilegales”, según cuenta Juan Pari en su libro *Estado corrupto* (2017). La prensa local recogió la información y en el Congreso se creó una comisión investigadora en octubre de 2015, presidida por Pari. Sin embargo, en tanto varios de los miembros de la comisión pertenecían a partidos cuyos líderes se veían comprometidos por los hallazgos, el informe original, de 650 páginas, terminó limitado a ser un informe en minoría, suscrito solo por su presidente en junio de 2016, y no llegó a debatirse.

Sin embargo, solo unos meses después, a fines de 2016, a raíz de la publicación del acuerdo firmado entre el gobierno de Estados Unidos, representado por el Departamento de Justicia, y Odebrecht, el tema irrumpió de manera inesperada en el país y generó un debate público intenso. No era para menos, pues la información contenida en el acuerdo era explosiva. El acuerdo, llamado “Plea Agreement Cr. No. 16-643 (RJD), Estados Unidos, Corte Distrital del distrito Este de Nueva York, Estados Unidos vs. Odebrecht S.A.” fue firmado el 21 de diciembre de 2016. En este, Marcelo Odebrecht se declara culpable de un cargo de conspiración para cometer delitos contra Estados Unidos de Norteamérica, lo cual viola el título 18 del Código de Estados Unidos, sección 371. Este incumplió provisiones de la ley que prohíbe prácticas corruptas en el extranjero (FCPA): usar correos e instrumentos de comercio interestatal en territorio norteamericano para ofrecer pagos a un funcionario extranjero “con el propósito de: i) influenciar decisiones de ese funcionario en su capacidad oficial, ii) inducir a ese funcionario a omitir o realizar actos en violación de su deber, iii) asegurar una ventaja impropia, iv) inducir a ese

funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero para obtener y retener negocios” (DOJ, 2016, traducción libre).

Como se ha visto, la descripción contenida en la “Declaración de hechos” es bastante minuciosa respecto de los actos de corrupción en distintos países y de la estructura generada para mantener ese esquema corrupto en el tiempo y el espacio. En el caso del Perú, Odebrecht acepta que entre 2005 y 2014 hizo pagos corruptos por alrededor de 29 millones de dólares a funcionarios públicos para asegurar contratos de obras públicas, por los que obtuvo beneficios de más de USD 143 millones. Y se pone como ejemplo:

“[...] alrededor de 2005, participó en la licitación de un proyecto gubernamental de infraestructura. Fue requerida por un funcionario público del gobierno peruano de alto nivel, quien le ofreció su apoyo y, en caso obtuviera el proyecto, debería hacer pagos corruptos al funcionario a través de compañías de propiedad de un intermediario relacionado con el funcionario. Odebrecht ganó la licitación y pagó aproximadamente 20 millones de dólares entre 2005 y 2008 a compañías indicadas por el funcionario a través del Departamento de Operaciones Estructuradas.

[...] Más aun, en 2008, Odebrecht concursó en un contrato gubernamental de transporte y para asegurar el contrato, pagó 1,4 millones de dólares a un funcionario de alto nivel del gobierno peruano y miembros del comité de licitación. Alrededor de 2009, ganó el contrato por aproximadamente 400 millones de dólares. Los pagos se hicieron a través del Departamento de Operaciones Estructuradas” (DOJ, 2016, traducción libre).

Como se señaló en la sección anterior, el Ministerio Público del Perú respondió al escándalo designando un equipo especial de fiscales, encabezado por el fiscal Hamilton Castro, mediante una resolución emitida días después de que se hiciera pública la confesión de Odebrecht ante la justicia norteamericana. Entre 2017 y junio de 2018 constituyó un periodo en el que el equipo especial se debatía entre colaborar con la fuerza de tarea de fiscales de Curitiba, Brasil, lo cual implicaba ajustarse a las reglas del acuerdo de esta con la empresa, o conducir sus propias investigaciones. Hubo un momento de quiebre a inicios de julio de 2018, cuando la fiscalía brasileña advirtió que la colaboración con su par peruana se suspendería si esta infringía los términos del acuerdo. Este momento crítico coincidió con un cambio en la cabeza del Ministerio Público, pues Pedro Chávarry fue elegido fiscal de la Nación en junio y asumió un mes después. El mismo día que asumió funciones decidió designar como coordinador del equipo especial al fiscal superior de lavado de activos, Rafael Vela. Esta nueva dirección optó por la estrategia de colaborar con la fiscalía brasileña.

Por su parte, el gobierno peruano también creó una Procuraduría ad hoc para el caso en enero de 2017, designando a la abogada Katherine Ampuero como

cabeza de la misma a inicios de febrero. Sin embargo, en su primera etapa, la relación con el equipo especial de fiscales fue tirante con críticas constantes a las decisiones de este. Ampuero fue separada hacia fines de julio de ese año, debido a que no había cumplido con lo dispuesto en el decreto que establecía cómo actuar para garantizar el pago de reparación civil, según explicó la ministra de Justicia, Marisol Pérez Tello, en ese momento. En agosto de 2017 se nombra a Jorge Ramírez como procurador ad hoc y a Silvana Carrión, como procuradora adjunta. Esta última asumiría la titularidad cuando Ramírez dejó el cargo en febrero de 2020.

Según el informe de gestión de la Procuraduría (2022), hasta el cierre del año 2021 ya se contaba con más de 800 personas naturales y más de un centenar de personas jurídicas investigadas en 138 procesos, principalmente penales, mientras que 83 proyectos de infraestructura estaban bajo escrutinio. Estos datos dan cuenta de la magnitud y complejidad del caso.

Ambos grupos de trabajo coinciden en el frente judicial; sin embargo, es importante señalar que el Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) también abrió una investigación contra las empresas constructoras por concertar precios. El proceso administrativo sancionador inició en 2017 y llegó a penalizar a 33 empresas del cártel del “Club de la Construcción” con más de S/ 2 mil millones en noviembre de 2021.

3.2. El factor político

La envergadura de la investigación criminal no solo se expresa en los números de procesos e investigados, sino también en la naturaleza de los más prominentes de estos: expresidentes, exalcaldes, exgobernadores regionales, líderes políticos y grandes empresas. Con este elenco, era inevitable que los ataques contra los esfuerzos de investigación tuvieran también un filo político.

Desde el Congreso, las bancadas con líderes políticos bajo investigación activaron las competencias a su disposición: el fujimorismo —con una amplia mayoría durante el periodo 2016-2019— buscó sentar al fiscal de la Nación para que responda por decisiones del equipo especial. Cuando no asistió, se le denunció constitucionalmente; se creó una nueva comisión investigadora en el parlamento presidida por Rosa Bartra, aun cuando nunca se discutió el informe de la comisión Pari; posteriormente, el partido político Podemos Perú, cuyo líder, José Luna, también enfrentaba una investigación, presentó un proyecto de ley para desbaratar la colaboración eficaz como instrumento de investigación fiscal.

Pero también se activaron dinámicas que excedían las competencias parlamentarias. Hay evidencias de intentos por capturar el extinto Consejo Nacional

de la Magistratura por parte del fujimorismo⁶ y evidencias de una coordinación entre este grupo político y el entonces fiscal de la Nación, Pedro Chávarry, cuando destituyó a los fiscales Vela y Pérez la noche de año nuevo de 2019.⁷

La llegada al poder de Pedro Castillo en las elecciones de 2021, por la plancha de Perú Libre, partido liderado por el ahora prófugo exgobernador regional de Junín, Vladimir Cerrón, agudizó el uso de instrumentos parlamentarios para acosar las investigaciones fiscales. En un contexto de alta fragmentación política y de debilidad del Ejecutivo, prosperaron iniciativas legislativas dirigidas a sabotear los instrumentos de operadores de justicia. Así, se retomó la iniciativa para desnaturalizar la colaboración eficaz, que había sido detenida por el gobierno transitorio de Francisco Sagasti, y se aprobó por insistencia en 2023. Se aprobó ese mismo año una reducción del plazo de prescripción y se avanzó en la presentación de proyectos para desnaturalizar la extinción de dominio y el marco legal contra las organizaciones criminales.

No debe pasarse por alto que una parte central de la narrativa de quienes se defienden de las acusaciones es señalar una criminalización de la actividad política. Esto se sostiene en que, en efecto, puede reconocerse excesos en algunas decisiones de los operadores de justicia, particularmente en la insistencia en prisiones preliminares o preventivas injustificadas como una de las principales estrategias para conseguir información y confesiones. A ello se suma la lentitud en el avance de los procesos. Al cierre de este texto, juicios emblemáticos — contra Alejandro Toledo, Ollanta Humala y Keiko Fujimori— están en sus etapas iniciales y queda un trecho largo por recorrer todavía hasta que se establezcan las responsabilidades y las sanciones.

4. LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAY SUS VÍCTIMAS

Hay un creciente acuerdo entre expertos y activistas globales contra la corrupción respecto del impacto evidente de este fenómeno sobre los derechos humanos de individuos y comunidades. En los últimos quince años se ha documentado incontables casos de corrupción y la vulneración sobre la vida e integridad de gente afectada por estos. Uno de los más emblemáticos fue el colapso de la fábrica Rana Plaza, ocurrido en 2013, cerca de Dhaka, Bangladesh, donde más

6 Un colaborador eficaz dio el testimonio de una reunión no oficial entre dos miembros del CNM, Guido Águila e Iván Noguera, un congresista fujimorista, un operador mediático y la abogada María Zavala, quien era accesitaria al CNM por esa época. El fin de la reunión era que Águila evalúe la posibilidad de obtener mayoría en el pleno del Consejo y favorecer al fujimorismo en un contexto en que se había abierto investigación a Keiko Fujimori y a la cúpula del partido.

7 En una diligencia de allanamiento de la oficina de Chávarry, conducida por el fiscal Pérez los primeros días de enero, se encontró documentación del caso de Keiko Fujimori, cuando esta debía ser reservada.

de 1.100 trabajadores textiles murieron y más de 2.500 quedaron heridos cuando la infraestructura, que se había levantado de forma irregular sobre un terreno inapropiado gracias al pago de sobornos, se desmoronó.

Otro caso emblemático es el de la familia Obiang, en Guinea Ecuatorial. Teodoro Obiang gobierna el país desde que dio un golpe de estado en 1979, y ha saqueado el país para financiarse una vida llena de lujos. Uno de sus hijos, "Teodorín", actual vicepresidente y posible sucesor de su padre, fue procesado en Francia por blanqueo de dinero entre 2017 y 2021, encontrado culpable y algunos de sus bienes, como una mansión en París y varios autos de lujo, fueron incautados. Guinea Ecuatorial es uno de los países con el mayor ingreso per cápita de África, gracias a los ingresos del petróleo; sin embargo, dos tercios de su población vive con menos de dos dólares al día.

El megaescándalo Lava Jato no es una excepción. Sin embargo, la atención ha estado puesta principalmente en los procesos de identificación de responsabilidades y castigo, en cómo se han truncado o cómo avanzan las investigaciones con muchas dificultades. Mientras tanto, la situación de las poblaciones afectadas ha estado en un segundo plano de la atención pública. En este apartado, haremos un ejercicio preliminar de identificación en relación con algunos de los más prominentes proyectos de infraestructura involucrados en el Perú.

Antes de ello, es importante reseñar el estado de la discusión sobre víctimas de corrupción.

4.1. Corrupción, víctimas y derechos: elementos de una discusión en curso

Salcedo-Alabarán y Garay-Salamanca (2022, pp. 30-34) diferencian los conceptos que es importante tener en consideración. Por un lado, cabe mencionar la noción de "daño", la cual se divide en "patrimonial" y en "moral". El primero es la afectación sobre el patrimonio de una persona, tanto el patrimonio actual, es decir, lo que una persona pierde por el acto ilegal ("daño emergente"), como el patrimonio esperado que esa pérdida impide lograr ("lucro cesante"). Todo esto es factible de ser cuantificable en relación con el valor del patrimonio de una víctima. Pero está, de otra parte, el daño moral, que golpea la dignidad de la persona afectada por un acto de corrupción, difícilmente cuantificable, pero que no deja de exigir ser reparada.

Los autores también hacen precisiones necesarias con respecto al interés público afectado por estos actos. Así, dividen este en interés de la sociedad y en interés de la administración pública. De esta manera, el primero de ellos está dividido en tres categorías: derechos difusos, colectivos e individuales. Los primeros refieren a aquellas personas que están unidas por el efecto del daño

de un mismo acto, mientras que los colectivos, a personas unidas por un vínculo jurídico identificable. Finalmente, los individuales se refieren a los derechos de cada persona afectada por un mismo acto de corrupción.

En otro texto, Freitas et al. (2023) subrayan la importancia de considerar los nexos de causalidad entre el acto de corrupción y el daño, pues no todo impacto es directo. En los casos mencionados arriba, el soborno de los dueños de Rana Plaza a las autoridades de la ciudad para construir un edificio de forma irregular se convierte, años después, en un desastre que le cuesta vidas a cientos de trabajadoras, mientras que la apropiación sistemática durante años de fondos públicos para beneficio privado por parte de los Obiang tiene un impacto sobre la situación de pobreza de la mayoría de la población que gobiernan.

Claudio Nash resalta que en los procesos de reparación debe tenerse presente el principio de la centralidad de la víctima. Este implica una respuesta integral frente al daño multidimensional de la corrupción y se expresa en medidas del Estado que apunten a compensar económicamente a individuos y colectivos perjudicados, rehabilitar a las víctimas, restituir a la situación previa a la afectación de los derechos de éstas y satisfacer la necesidad de conocer la verdad y que los perpetradores reconozcan su falta y pidan perdón. Además, se debe garantizar que lo ocurrido no se repita; para lo cual, tanto autoridad como sociedad deben tomar acciones (Nash, 2019, pp. 42-44).

Toda esta discusión es importante en dos sentidos. Por una parte, las evidencias respecto de las reparaciones comprometidas por los Estados son muy escasas. De hecho, son muy pocos los casos reportados ante el mecanismo de seguimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción al respecto, pero, más aún, en ninguno de ellos se hace alusión a colectivos y, menos todavía, a individuos (Salcedo-Albarán y Garay-Salamanca, 2002, p. 37).

Por otra parte, al evaluarse el impacto de la corrupción sobre las sociedades, se suele poner la atención en los efectos macroeconómicos de esta. Artículos de gran influencia en la comunidad académica y de práctica, como los de Paolo Mauro o Vito Tanzi, de fines de los años noventa, se mueven en ese nivel, probablemente por la falta de metodologías que permitan hurgar en los países sin perder la comparabilidad entre ellos.

En el Perú, de acuerdo con los datos de la encuesta nacional de corrupción de Proética, la población que se siente directamente afectada por los actos de corrupción llegó en 2022 al 86 %, frente al 82 % registrado en 2019. Las formas más mencionadas por las personas encuestadas, a través de las cuales la corrupción les afecta, son golpear la economía familiar (59 %), reducir las oportunidades de conseguir empleo (34 %) o aminorar la calidad de los servicios públicos recibidos (31 %). Es interesante notar que este tipo de afectaciones se combinan con otras

más abstractas, pero igualmente sentidas, como la reducción de la confianza hacia el Estado o los políticos.

4.2. Proyectos Lava Jato en Perú

En el acuerdo de colaboración suscrito por la empresa Odebrecht y el Ministerio Público peruano, aprobado por el Poder Judicial en junio de 2019, la empresa reconoce pagos de sobornos en cuatro proyectos de infraestructura: la Carretera Interoceánica sur, el Metro de Lima, la vía de evitamiento del Cusco y la vía costanera del Callao. Sin embargo, las evidencias acumuladas superan esa confesión. Así, el ya mencionado informe en minoría de la primera comisión investigadora del Congreso, vinculada al caso de las empresas brasileñas, presidida por Juan Pari, evacuado en junio de 2016, analizó los casos de las interoceánicas norte y sur, el Metro de Lima, la Línea Amarilla - Vía Parque Rímac, el Gasoducto Sur Peruano, el proyecto Olmos, el proyecto hidroenergético Alto Piura, la planta de tratamiento de Huachipa y la carretera Callejón de Huaylas-Chacas-San Luis.

Este informe encuentra, en todos estos casos, hechos irregulares que han violentado los sistemas de control y transgredido la legislación vigente, así como generado una apariencia de legalidad, creando una normatividad ad hoc. Para que ello sea posible, funcionarios del Estado peruano habrían actuado o dejado de actuar en función del pago de coimas o de haber permitido el pago de estas (Pari, 2016, p. 645).

Luego del destape de la confesión de Odebrecht ante la justicia norteamericana, en diciembre de 2016, la cantidad de información sobre proyectos involucrados ha aumentado enormemente. Hacia julio de 2022, la procuraduría ad hoc para el caso informaba que los proyectos bajo investigación eran 83, los cuales representaban una inversión comprometida de más de 64 mil millones de soles (Infobae, 2022).

Para efectos de este ensayo, que no pretende hacer un análisis exhaustivo de los casos, nos concentraremos en cuatro proyectos ilustrativos: la Carretera Interoceánica Sur, la vía expresa Línea Amarilla – Vía Parque Rímac, las vías Rutas de Lima y el hospital Antonio Lorena del Cusco, tomando como base el informe Pari y una revisión preliminar sobre corrupción y derechos humanos no publicada realizada por Proética (Gutiérrez, 2020).

Carretera Interoceánica Sur

En el caso de la carretera Interoceánica, el expresidente Alejandro Toledo tuvo una actuación central. Según publicó el diario La República el 3 de febrero de 2017, tanto la declaración de un colaborador eficaz, la información bancaria de Panamá y Costa Rica y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos indican que Toledo recibió al menos 20 millones de dólares de Odebrecht. Los pagos se hicieron a

través de empresas *offshore* de su amigo personal Josef Maiman Rapaport.⁸

Jorge Barata, ex representante de Odebrecht en el Perú, declaró que fue abordado a fines de 2004 por el asesor en seguridad del expresidente, el israelí Avraham “Avi” Dan On, en un evento social acaecido en Palacio de Gobierno. Este se presentó como el intermediario del presidente y ofreció favorecer a Odebrecht en la licitación de la Carretera Interoceánica. Posteriormente, en noviembre de ese año, hubo una reunión en el hotel Marriot de Rio de Janeiro, a la que asistieron Alejandro Toledo, Jorge Barata, Josef Maiman y dos allegados a este último. En la reunión, el expresidente solicitó 35 millones de dólares a Jorge Barata a cambio de modificar las bases de la licitación para favorecer a la empresa brasileña y evitar la postergación de los plazos. Como las bases no se modificaron, Odebrecht solo pagó 20 millones de dólares a Toledo, entre 2006 y 2010, a través de transferencias realizadas a empresas de Josef Maiman. Actualmente, Alejandro Toledo enfrenta el juicio oral en el Perú luego de haber sido extraditado de Estados Unidos, donde trató de refugiarse durante algunos años.⁹

Como señala Juan Pari, para favorecer a Odebrecht, “fueron instrumentadas aquellas instituciones del Estado relacionadas con el fomento de la inversión privada, como es el caso de ProInversión”. Según el excongresista, la adjudicación de la IIRSA Sur e IIRSA Norte “constituyó el reparto de una torta en cuatro partes iguales” para favorecer a las empresas Odebrecht (y sus consorciadas peruanas, Graña y Montero y JJ Camet), Camargo Correa, Andrade Gutierrez y Queiroz Galvão a cambio del pago de sobornos. Entre las irregularidades descubiertas en la investigación congresal, se encuentra un informe legal del abogado Juan Monroy Gálvez, el cual contradecía la opinión de la Contraloría al señalar que las empresas cuestionadas, pese a mantener litigios con el Estado, no están impedidas de contratar con éste. Fue llamativo el tiempo en que se obtuvo el informe (dieciocho minutos), el cual carece de explicación lógica. El abogado declaró que la fecha habría sido adulterada. Además, se acusa al entonces ministro de Economía —y luego presidente del Perú— Pedro Pablo Kuczynski, de haber exonerado el proyecto de construcción de la Interoceánica de los controles del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) para acelerar el proceso.

8 Alejandro Toledo sería el alto funcionario del gobierno peruano al que se refiere el acuerdo entre Odebrecht y el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Hoy, la cifra del soborno ha escalado a aproximadamente 40 millones de dólares, según declaraciones recientes provenientes de Brasil (incluido un pago de la constructora brasileira OAS).

9 Este caso se vincula con el llamado “Caso Ecoteva”, referido a millonarias compras de una casa y una oficina por Alejandro Toledo a nombre de su suegra, con la intervención de Josef Maiman y sus allegados. Hasta la fecha, el expresidente no ha dado una versión coherente sobre el origen del dinero para realizar dichas compras.

Luego de firmado el contrato, se suscribieron veintidós adendas (nueve durante el gobierno de Alejandro Toledo y trece en el de Alan García). En total, el presupuesto de la obra pasó de USD 800 millones durante el gobierno de Alejandro Toledo a USD 1.900 millones en el de Alan García. Un análisis financiero sobre el proyecto señala que hubo pagos no autorizados, sin sustento normativo o contractual por más de USD 2.400 millones y que, en promedio, hubo un incremento en los valores de inversión de 19,62 %. En la etapa de ejecución, se llegó hasta los USD 4.233 millones, lo que representa un aumento del 423 %.

Línea Amarilla – Vía Parque Rímac

Contratada con la Municipalidad de Lima en 2009, esta obra estuvo a cargo de la empresa brasileña OAS. Al inicio, el valor de su ejecución se calculó en USD 658,5 millones y luego fue elevado a USD 673,3 millones, a propuesta de la municipalidad. La obra consistía en la construcción de un tramo de varios kilómetros de carretera alternativa a la Vía de Circunvalación y un túnel debajo del río Rímac.

El contrato comprometía la entrega de la vía a OAS por parte de la municipalidad en calidad de concesión durante treinta años, a través del cobro de peaje. Posteriormente, se sustituyó a OAS por LAMSAC y se extendió la concesión a cuarenta años, lo cual significaría un incremento de la recaudación de casi mil millones de dólares por los peajes.

Una comunidad afectada por el trazo del proyecto era la población shipibokonibo asentada en Cantagallo. Este grupo, originario de Ucayali, se había desplazado a Lima el año 2000, principalmente para participar de la Marcha de los Cuatro Suyos, en contra de la re-reelección de Fujimori, pero también motivada por la búsqueda de oportunidades en la capital. Después de habitar casonas del centro de Lima, se lograron ubicar en Cantagallo, al lado del río Rímac. Con la gestión municipal que inició en 2011 se buscó llegar a una solución y se acordó, en 2014, trasladar a 226 familias a un terreno en San Juan de Lurigancho, donde se levantaría un complejo habitacional. Esto no se concretó, por demoras del lado de la empresa en la ejecución del proyecto. Posteriormente, el año 2016 ocurrió un incendio en la zona donde todavía estaba alojada esta población, lo que afectó a más de 450 familias.

Después se supo que el presidente de OAS habría estado negociando con el exalcalde Castañeda su apoyo en las elecciones municipales de 2014 y que uno de los puntos era no ejecutar esta obra alternativa, sino destinar el fondo al *bypass* de la Av. 28 de Julio, lo cual finalmente ocurrió en 2015, cuando Castañeda retomó el liderazgo municipal.

No puede dejar de señalarse que, en relación con este caso, la exalcaldesa Villarán y su exgerente municipal están enfrentando un proceso penal, por haber

recibido USD 3 millones en el marco del proceso de revocatoria que se inició en contra de su gestión.

Hospital Antonio Lorena del Cusco

El hospital Lorena inició su ejecución en 2012. A través del informe técnico de la obra en 2009, se señalaba que las altas tasas de mortalidad de la región Cusco se explicaban por la falta de capacidad que tenía el hospital regional para atender a la población, así como a su antigüedad y precariedad (Gutiérrez, 2022).

Las investigaciones señalan que el exgobernador regional, Jorge Acurio Tito, habría recibido de la compañía OAS un soborno de alrededor del 8 % del contrato original, el cual ascendía casi a S/ 200 millones.

El destape del escándalo, en el año 2015, condujo a la paralización de la obra. Sucesivos gobiernos regionales intentaron fórmulas para destrabar el proceso, pero esto solo fue posible en octubre del año 2022, cuando se anunció un convenio gobierno a gobierno con Francia. En este marco, la obra estaría lista dos años después y costó S/. 900 millones adicionales, pues era necesario deshacer lo que estaba obsoleto o mal hecho del contrato anterior.

Rutas de Lima

En enero de 2013, la Municipalidad de Lima y la empresa Rutas de Lima, formada por Odebrecht, suscribieron el contrato de concesión para gestionar un total de 115 km de carreteras a lo largo de la ciudad, incluyendo su mantenimiento y ampliación por 30 años.

El punto más cuestionado ha sido el referido al reajuste del precio del peaje, que debe ocurrir cada año y que explica el aumento de los originales S/ 3,50 a S/ 6,50 hasta 2024, año en que la empresa anunció un aumento a S/ 7,50. Ello desató protestas de la población de Puente Piedra, que fueron recogidas por el alcalde de Lima y algunos congresistas. Un juez concedió una medida cautelar ordenando que se suspenda el pago del peaje.

De acuerdo con las investigaciones, hay evidencias de que Odebrecht pagó sobornos tanto para obtener la concesión como para concretar cambios drásticos en el contrato a través de adendas. Como en el caso de Línea Amarilla, la Fiscalía también sostiene que la empresa entregó fondos de campaña a la exalcaldesa Villarán, tanto para el proceso de revocatoria como para su reelección.

4.3. Las víctimas, sus derechos y el daño

Los casos reseñados están aún en investigación o en etapas iniciales del juicio oral (como el de la Interoceánica). Se trata de investigaciones complejas, que involucran a una gran cantidad de personas, pero no son pocas las críticas

contra el prolongado tiempo de duración de estas y los escasos resultados en sentencias a los responsables.

Aun cuando es preocupante, desde una perspectiva de derechos de los imputados, el comprensible cuestionamiento a la dilatada duración de los procesos no resulta menos grave la situación de las víctimas, quienes han sufrido el daño derivado de los delitos de corrupción y que no son reconocidas ni compensadas como tales por el sistema de justicia peruano.

La mayoría de los casos de prácticas corruptas ejercidas en relación con grandes obras de infraestructura, como las reseñadas, implican sobrecostos ilegales pagados con recursos del erario nacional y, que, en muchas, oportunidades traen como consecuencia que las obras queden inconclusas o sean defectuosas. Por ello, cabe preguntarse, retomando la discusión introducida más arriba, quién es la víctima del delito en estos casos: ¿solamente el Estado en tanto que se afecta la "correcta administración pública" que representa? ¿O es víctima también el conjunto de personas naturales que integran comunidades que se ven afectadas al no contar con el hospital que requieren, el sistema de desagüe que una vida digna exige o la carretera para sacar sus productos a precio justo y razonable?

El Código Procesal Penal establece, de manera expresa, en el artículo 94.1, que la víctima del delito, y por lo tanto agraviado, es quien "resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo". Sin embargo, hay una reiterada tendencia de los operadores de justicia a reconocer únicamente como víctima de los delitos de corrupción al Estado, en tanto titular del bien jurídico afectado, mas no a las personas que en última instancia son las que sufren el perjuicio de la acción ilegal. Desde esa perspectiva, solo se ha venido admitiendo la intervención de la Procuraduría ad hoc como ente defensor de los intereses del Estado, mas no a los abogados que representan intereses colectivos (de comunidades o grupos de personas afectados) o que defienden intereses difusos, tal como lo permite de manera específica el artículo 94.4 del mismo código.

La reparación a las víctimas de un delito es una obligación del Estado, que debe garantizar la plena vigencia de sus derechos fundamentales. En ese sentido, cuando hablamos de reparación, no solo nos referimos a compensaciones económicas de carácter indemnizatorio, sino también a otro tipo de satisfacciones como reconocimiento público del daño a través de actos simbólicos, tratamiento psicológico de ser el caso o, lo más básico, terminar las obras de manera apropiada. Al respecto, tiene plena vigencia la disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto al derecho de satisfacción a las víctimas, así como lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

En los casos reseñados anteriormente, es posible avanzar en la adecuada visibilización de las víctimas de estos, más allá de la administración pública. Así, como adelanta Gutiérrez (2022, pp. 13-14), un enfoque de derechos humanos en la investigación del caso del hospital Lorena hubiera exigido un análisis de la vulneración al derecho a la salud de la población del Cusco y, en particular, de grupos que requieren especial protección, como mujeres gestantes, personas con discapacidad o con ciertas enfermedades, niñas, niños y adultos mayores. En el caso Rutas de Lima, un sector de las personas afectadas cobró visibilidad por las protestas contra el pago del peaje de Puente Piedra y, en efecto, un enfoque que ponga a las víctimas al centro exigiría evaluar el impacto sobre el derecho a la libertad de tránsito en la zona y si ha habido otras afectaciones vinculadas. En el caso de Línea Amarilla – Parque Rímac, por tratarse de un caso similar a Rutas de Lima, además de ponderar el daño ocasionado a las víctimas por el impacto negativo en el derecho al libre tránsito, atendiendo a la vulnerabilidad particular de la comunidad shipibo-konibo de Cantagallo, correspondería también profundizar en los efectos sobre los otros derechos afectados de esta y sus miembros.

Finalmente, el caso de la Interoceánica, podría resultar el más complejo desde este punto de vista, pues, como señala Creeze en un artículo para Mongabay (2017), a partir de la entrada en funcionamiento de la carretera se puede identificar un aumento en el ratio de deforestación en zonas aledañas a ella, extendiéndose a concesiones forestales para la conservación forestal que son, a su vez, fuente de trabajo de comunidades nativas de la zona o de poblaciones asentadas en ellas. Por ello, podría tratarse de un caso en el que el daño indirecto requeriría un mayor cuidado en su identificación.

5. LECCIONES APRENDIDAS

Han transcurrido ocho años aproximadamente desde que se iniciaron las investigaciones del caso Lava Jato. Por ello, es posible hacer una evaluación de lo sucedido durante este tiempo para sacar algunas lecciones aprendidas, que permitan adoptar medidas para casos de gran corrupción a fin de corregir aquellos problemas que han impedido una pronta y eficaz administración de justicia, y evitar la impunidad de los responsables de estos delitos. A continuación, discutimos las principales.

5.1. Sobre la importancia de un sistema concentrado anticorrupción

Tradicionalmente las investigaciones y procesos son asignados aleatoriamente a la Fiscalía y juzgados, de tal forma que las partes no puedan escoger fiscales y jueces a su medida. Esto, en esencia, tiene que ver con los principios de juez natural e independencia de los operadores de justicia.

En los últimos años, dada la complejidad y especialidad de los casos que llegan a la justicia, por razones técnicas y de mejor distribución de recursos, se han creado subespecialidades, respetando siempre que estén integrados por funcionarios de carrera. Así, existen fiscalías supranacionales especializadas en materias como lavado de activos, delitos tributarios, terrorismo, crimen organizado, corrupción, entre otros. Para no desbalancear el sistema, esto ha obligado a que se hayan replicado estas especialidades en el Poder Judicial y la Procuraduría.

Si bien, como señalamos a continuación, aunque esta no es una solución que ha resuelto todos los problemas relativos a la investigación y juzgamiento de delitos complejos y especializados, sin duda ha contribuido a un mejor tratamiento de los casos. A raíz de las investigaciones abiertas contra la red de Fujimori y Montesinos, dada la complejidad y volumen de las investigaciones (en un inicio más de 200 investigaciones y 1.500 investigados), se creó una Procuraduría Ad Hoc, consistente en un grupo de abogados dedicados a tiempo completo y exclusivo, a investigar estos casos. La conformación de esta Procuraduría fue replicada en el Ministerio Público y el Poder Judicial, con la asignación de fiscales y jueces (seis, respectivamente), y un coordinador superior, dedicados también a exclusividad a estos casos.

Esta fue una buena decisión en un contexto en que el sistema de justicia había sido cooptado por la red criminal que debía ser investigada, lo que ha permitido designar funcionarios fiscales y judiciales de carrera, no contaminados por la corrupción y altamente motivados. Los resultados obtenidos, producto de ese largo proceso anticorrupción, que duró muchos años y remeció al Estado y la sociedad peruana, fueron encomiables.

Por esa razón, cuando irrumpe el caso Lava Jato, las autoridades fiscales, atendiendo al nuevo modelo procesal, decidieron crear el Equipo especial Lava Jato, compuesto por un coordinador superior y varios despachos fiscales con titulares y adjuntos, dedicados en exclusividad a las investigaciones de esta trama.

En los últimos años, siguiendo esta tendencia, y ante el surgimiento de graves actos de corrupción en las altas esferas políticas, se creó el Equipo Especial de Fiscales contra la Corrupción en el Poder (EFICCOP), el mismo que ha contado hasta hace poco con el apoyo policial de la División de Investigación de Delitos de Alta Complejidad (DIVIAC), una unidad de élite que ha venido asestando duros golpes a la corrupción.

Creemos que este es un modelo válido y recomendable para la investigación de casos de gran complejidad y que involucran muchos hechos y personas. Desde nuestra perspectiva, la investigación dispersa en el sistema general de administración de justicia de estos casos hubiera sido inmanejable. Este acierto no implica desconocer los serios problemas que incluso se han presentado en

una jurisdicción concentrada —entre ellos el poco funcional desmembramiento de aquellos casos que comprenden diversos delitos especializados, lo que impide un tratamiento integral de los mismos— como veremos a continuación.

5.2. Sobre la duración –irracional– de las investigaciones y procesos

Son varios los factores que han contribuido a que las investigaciones, aun siendo complejas, se dilaten de manera irrazonable, confirmando el dicho popular de que “una justicia que tarda no es justicia”.

Un factor evidente de este problema es que muchos jueces y fiscales adolecen de una formación que les permita tener una aproximación pragmática a las investigaciones y procesos complejos para superar los ritualismos formalistas que determinan actuaciones farragosas, innecesarias y repetitivas. Esto se traduce en decisiones y resoluciones excesivamente extensas, así como diligencias extenuantes que no aportan sustancialmente a la resolución del caso (un ejemplo de esto es el de un proceso en el que la Fiscalía ha propuesto más de 1.000 testigos para acreditar hechos que son demostrables con mucho menos actuaciones). Esto lleva a que las carpetas fiscales o expedientes tengan muchas veces cientos de cuadernos con miles de páginas, los que saturan los ambientes físicos de las oficinas fiscales y judiciales.¹⁰

A ello se agrega la falta de formación de varios operadores del sistema anticorrupción en materias que escapan al derecho penal y que son propias de las problemáticas que tienen que abordar en las investigaciones, los cuales exigen un cierto nivel de especialización en ámbitos como el financiero, bursátil, corporativo, tributario, contable, etc. Por ejemplo, no es suficiente citar repetitivamente algún manual que sostiene que las empresas offshore son opacas y frecuentemente utilizadas para viabilizar y/o encubrir actos de corrupción, si no se conoce cómo se estructuran. Además, es importante saber cuál es el funcionamiento de las jurisdicciones donde se constituyen, los circuitos financieros y tipo de operaciones a través de los cuales operan, el papel que juegan los facilitadores, cómo se hace seguimiento al dinero y se develan las múltiples capas que las conforman, etc.

10 En el juicio contra Keiko Fujimori, que se inicia el 1 de julio de este año, la Fiscalía ha presentado la incomprensible cantidad de 1031 testigos, la mayoría de los cuales concurrirán para acreditar un mismo hecho. Este caso tiene 785 tomos de 500 páginas cada uno. En el caso del abogado Orellana, un traficante de terrenos e inmuebles, se solicitó la comparecencia de 500 testigos, cifra aproximada que se ha requerido para el caso seguido contra Alejandro Toledo. Contrariamente a esta hiperinflación probatoria que caracteriza nuestro sistema, el expresidente de Honduras Juan Orlando Hernández fue recientemente condenado a 45 años de prisión en los Estados Unidos. Por ello, la Fiscalía, luego de una exhaustiva depuración, estableció la existencia de 36 testigos, y decidió llevar a juicio únicamente a 12, por estimar que eran suficientes para probar su caso. El juez solo necesitó 12 audiencias, que duraron unas cuantas semanas, para concluir el juicio y dictar sentencia.

Muchos de estos conocimientos multidisciplinarios podrían ser aportados por peritos de otras disciplinas, pero ocurre que el Ministerio Público no cuenta con la cantidad necesaria de especialistas, lo que hace que muchas veces se deba esperar meses para contar con su aporte, pues están sobrecargados con demandas de otras fiscalías. De otro lado, la experiencia profesional de los peritos adscritos al Ministerio Público en materias financieras y/o corporativas sofisticadas es bastante limitada (por lo general, son contadores públicos o economistas con formación básica), lo que genera confusión e interpretaciones inadecuadas de los hechos que obligan a debates reiterativos e inagotables.

La falta de recursos humanos es una deficiencia notoria en el sistema anticorrupción. No existe personal suficiente para diligenciar, en tiempo adecuado, todas las investigaciones que giran ante un despacho, por lo que se presentan períodos muy largos de inacción, de varios meses, en los que simplemente se paraliza el desarrollo de la causa. Una derivada de este problema es el constante cambio y rotación de fiscales, lo que produce dilaciones significativas debido a que, tratándose de casos complejos, quien recién los asume —normalmente en paquete con otras varias investigaciones— después de que tienen meses o años a cargo de otro fiscal, debe empaparse de los mismos. Ello implica mucho tiempo de estudio previo antes de dominar la materia.

Por las razones expuestas anteriormente, existe una tendencia reiterada a recurrir a las ampliaciones de los plazos, estirando hasta sus límites los términos establecidos en la ley. Es una práctica frecuente que, luego de vencidos los plazos iniciales fijados para las investigaciones preliminares o preparatorias, los fiscales apelen a la declaración de “investigación compleja” (lo que les da un término de hasta 16 meses). Luego, ante la incapacidad de cumplir con agotar en ese tiempo las necesidades de la investigación, procedan a declarar que se trata de una investigación en la que los imputados conforman una “organización criminal”, lo cual, en la mayoría de los casos, les da un respiro de hasta 72 meses (6 años) para culminarla. Esto implica, en muchos casos, una distorsión de los hechos investigados que perjudica gravemente tanto a los imputados sobre quienes pende una teoría del caso mucho más grave y/o irreal, como al Estado (que como ya hemos señalado es reconocido indebidamente como la única víctima de los delitos de corrupción), que no ve satisfechas sus expectativas de resarcimiento en un término adecuado.¹¹

11 En una de las investigaciones contra el expresidente Kuczynski, la Fiscalía ha desarrollado la teoría de que este era parte de una “organización criminal”, integrada por su chofer y su secretaria. Sin embargo, estos han acreditado que realizaban labores menores de asistencia conforme a las tareas absolutamente legales que desarrollaban.

En estos tiempos de gran desarrollo tecnológico, la carencia de plataformas digitales o programas inteligentes, incluida la inteligencia artificial, que permite realizar análisis de redes, y el procesamiento masivo de datos en tiempo adecuado, es una realidad que le impone graves limitaciones operacionales a jueces y fiscales, que en la práctica los obliga a trabajar con herramientas obsoletas e ineficientes frente a los retos que deben enfrentar.

Todos estos problemas se acrecientan teniendo en consideración que muchos de los imputados son personas que cuentan con considerable capacidad económica y acceso a defensas técnicas mejor apertrechadas de conocimientos, recursos y herramientas. De esta manera, pueden desplegar maniobras dilatorias u obstaculizar el desarrollo de la investigación.

5.3. Sobre el abuso de la prisión preliminar y/o preventiva

No han sido pocos los casos en los que se ha evidenciado un abuso de la prisión preliminar y/o preventiva, lo que ha generado una crítica pública a la labor del Equipo Especial Lava Jato del Ministerio Público y de los jueces que resolvieron favorablemente dichos pedidos.

De acuerdo con el Código Procesal Penal, las medidas cautelares solo se justifican —además del *quantum* de la pena prevista y de la existencia de indicios suficientes de la comisión del delito— cuando existe el denominado “peligro procesal”, es decir, al producirse un pronóstico favorable de que el imputado puede fugar o entorpecer la actividad de la investigación o el proceso (por ejemplo, amenazando testigos o destruyendo evidencia).¹²

Al respecto, la jurisprudencia ha venido desarrollando reiteradamente en qué casos se puede estimar que ese pronóstico es desfavorable al imputado, lo que incluso ha sido materia de un Acuerdo Plenario de la Corte Suprema reiterando cuándo se presentan esos indicadores, tratando de reducir al máximo la subjetividad y discrecionalidad del juzgador.¹³

Sin embargo, no han sido pocos los casos en los que se ha pedido la aplicación de este tipo de medida extrema, que la jurisprudencia y la doctrina consideran de carácter excepcional, sin que existan indicios suficientes de la existencia de peligro de fuga, ni pocos los casos en que se ha concedido a pesar de ello. En varias oportunidades, la instancia superior se ha visto obligada a revocar estas detenciones indebidas, lo que ha ido mellando el prestigio de los fiscales y jueces, y ha generado dudas sobre la confianza en sus decisiones.

Se puede identificar tres razones principales por las que esto ocurre: i) ante la gravedad y complejidad de las imputaciones, se aplica la detención como una “pena

12 Artículos 261 y 268 del Código Procesal Penal.

13 Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116.

anticipada" (lo que está expresamente prohibido), ii) se busca presionar al detenido para obligarlo a solicitar acogerse a la colaboración eficaz, iii) habría motivaciones subalternas de carácter político para perjudicar a determinados personajes.

5.4. Sobre la ausencia de una política comunicacional formal y transparente

Tradicionalmente, se ha entendido que las investigaciones son de carácter reservado y solo pueden tener acceso a la información contenida en ellas las partes y los fiscales a cargo.

Este principio persigue fundamentalmente evitar que se haga pública información que pueda entorpecer el desarrollo de la investigación, ventilando hechos que deben ser tratados y desarrollados exclusivamente en el contexto de la dinámica procesal. Sin embargo, consuetudinariamente, la reserva de la información ha servido para la obtención de ganancias marginales para algunos malos empleados o funcionarios del sistema, que la negocian a cambio de alguna prebenda. Es probable que también haya sido administrada de acuerdo con intereses subalternos (generar determinados tipos de presiones, por ejemplo), o simpatías de quienes la administran, lo que ha producido una filtración masiva de información, que muchas veces aparece en tiempo real en los medios de comunicación masiva.

Incluso, en los casos de colaboración eficaz, en los que al parecer la reserva es absoluta y la información carece de valor si no es debida y previamente corroborada, las versiones de los aspirantes a colaboradores aparecen en los medios de comunicación, en los que se exhibe incluso copia de las declaraciones.¹⁴

En casos que son políticamente tan sensibles como las investigaciones de Lava Jato, esta filtración sistemática le ha hecho daño al desarrollo de ciertas investigaciones. Además, ha afectado la honra de investigados inocentes y, sobre todo, ha impactado negativamente en la imagen de los fiscales. De esta manera, se abrió un flanco de ataques en su contra acusándolos de filtrar información en un afán de protagonismo o de realizar intercambio de información por favores con determinados periodistas, para su beneficio personal o de "linchamiento público" de ciertos investigados o buscar la presión social o prejuizgamiento públicos que faciliten su trabajo.

Como ocurre en muchos países desarrollados, tratándose de temas tan sensibles y controversiales, se requiere del diseño de una estrategia

14 En la actualidad, es emblemático el caso del aspirante a colaborador eficaz Jaime Villanueva, exfuncionario del Ministerio Público, cuyas declaraciones aparecen en los medios de comunicación a las pocas horas de actuadas, lo que genera debates públicos sobre hechos mencionados por él o la participación de diversas personas a las que señala, sin que haya habido corroboración alguna. Esto, entre otros efectos negativos, complica el proceso de verificación, pues alerta a quienes pueden manipular o desaparecer evidencia.

comunicacional transparente y prudente en términos procesales (a través de conferencias de prensa regulares, o comunicados, entre otros), desarrollada por un equipo profesional con experiencia en la materia, lo que eliminaría todas estas distorsiones que tanto han afectado el desarrollo de estas investigaciones.

Esto debe ir a la par de la implementación de un sistema de control de flujo de la información que impida las filtraciones y determine responsabilidades funcionales en casos de inconducta.

5.5. Sobre la alegada politización de las investigaciones y la crisis institucional de la justicia

Hemos visto al inicio de este artículo las nefastas consecuencias que ha tenido para el caso Lava Jato “madre”, en el Brasil, la filtración de las conversaciones y chats entre el jefe del Equipo de Tarea Fiscal, Deltan Dallagnol, y el juez Sergio Moro, a cargo de los casos (denominada “Vaza Jato”: filtraciones de Lava Jato).

En parte de estos diálogos, hubo referencias a hechos de connotación política, como la campaña presidencial de Lula y la situación del Partido de los Trabajadores. Esto, en sí mismo, es un hecho negativo, pues contamina el proceso de decisiones de la justicia penal, que debe obedecer exclusivamente a reglas técnicas y no a consideraciones, prejuicios o preferencias de carácter político.

No obstante, lo más grave fueron las decisiones que ambos protagonistas tomaron acto seguido: renunciar a su condición de fiscal y juez, respectivamente. Además, dieron el salto a la política, uno como congresista y el otro como ministro de Justicia, durante el gobierno de Jair Bolsonaro, un hombre caracterizado por ser poco respetuoso del Estado de Derecho y los derechos ciudadanos y, peor aún, enemigo político acérrimo de Luiz Inácio Lula da Silva.

Después del escándalo de las filtraciones, para muchos, esto fue la confirmación de que las investigaciones contra Lula, y por extensión contra todos los demás actores de la trama Lava Jato, fue un montaje digitado para impedir su reelección. Fue tal el impacto de estos hechos, que de pronto, dejaron de tener importancia las confesiones de los actores principales, realizadas en presencia de sus abogados y con las garantías del debido proceso, no importó la cantidad de evidencia o “prueba dura” entregada por los confesos. Tampoco interesó que la gran corrupción de Lava Jato excediera largamente el caso particular de Lula y comprendiera a muy relevantes personalidades de la política, autoridades de alto nivel y conspicuos líderes de la élite empresarial del gigante brasileiro. Todo sucumbió ante el argumento de la politización de la justicia.

La contaminación política ha sido tal, que ha dado pie a que los nuevos operadores judiciales, tan contaminados políticamente como los que se fueron,

comandados por el magistrado supremo Dias Toffoli, hayan desarrollado una arremetida destinada a dejar sin valor alguno toda la prueba reunida a lo largo de 10 años, suspender las multas impuestas e iniciar una persecución legal contra quienes estuvieron en la primera línea de acción de las investigaciones en el pasado.

La debacle del proceso Lava Jato en Brasil constituye un duro golpe a la lucha anticorrupción a nivel global. En ese contexto, cabe preguntarse si en el Perú se repitió el proceso de contaminación política que ha llevado al duro golpe sufrido en Brasil.

En nuestra opinión, ello no ha ocurrido. Más allá de las alegaciones de los investigados de que son víctimas de una persecución política—lo que históricamente siempre han reclamado a nivel mundial—, no hay evidencia de que en nuestro país haya habido una confabulación entre los operadores de la justicia para perjudicar a determinadas personas por su ideología o posición político-partidaria.

Con todos sus defectos, que no son pocos, la administración de justicia peruana, en las últimas décadas, no ha estado sujeta a nombramientos digitados políticamente, como ocurre en muchos otros países, y ciertamente está ocurriendo ahora en Brasil. Más allá de las especulaciones conspirativas de algunos partidos políticos, que sostienen que la justicia en nuestro país ha estado controlada por un progresismo de izquierda, lo evidente es que hoy están sujetos a investigaciones por corrupción, políticos de todas las tiendas: Cerrón, Castillo, Silva y Villarán (izquierda), Fujimori, PPK,(derecha), Toledo, Humala y García, hasta su muerte, (centro derecha e izquierda), entre muchos otros.

El conjunto de problemas que han afectado el desarrollo eficiente y adecuado del caso Lava Jato parece obedecer más a causas endógenas del sistema de justicia, que a la falta de independencia frente a la clase política nacional.

No cabe duda, y de eso hemos sido testigos en los últimos meses, que la crisis de liderazgo por la que atraviesa el Ministerio Público, y los escándalos de corrupción que lo han sacudido (tres fiscales de la Nación destituidos), al igual que al Poder Judicial (caso de los Cuellos Blancos del Puerto), han llevado a divisiones y vendettas internas que han terminado impactando negativamente el desarrollo de las investigaciones.

Las investigaciones y procesos anticorrupción no deben estar contaminados políticamente ni manipulados para fines distintos a los del establecimiento de responsabilidades que eviten la impunidad, definan la verdad histórica de lo ocurrido y reparen en lo posible el daño ocasionado a las víctimas. Para ello, los operadores de la justicia deben ceñirse a un conjunto de reglas y principios técnicos—las garantías del debido proceso legal— que aseguren un resultado neutral que concluya mostrando la verdad formal de lo ocurrido, producto de la actividad procesal desplegada.

Sin embargo, es ingenuo pensar que un impulso anticorrupción como el que se exige cuando estallan tramas de gran corrupción, como la ocurrida con la actividad de la red criminal de Fujimori y Montesinos en la década del 2000, o como el caso Lava Jato, no va a tener repercusiones políticas.

Tratándose de redes criminales poderosas o, como las denomina Sarah Chayes, “Sistemas Operativos de Corrupción” (Chayes, 2017), es evidente que dismantelar estas estructuras y procurar que se haga justicia remecerá circuitos en las altas esferas del poder político y económico, incluso en las de poderes fácticos como el crimen organizado. Pensar que ello podrá ser enfrentado exclusivamente desde los espacios procesales de las investigaciones y procesos es no comprender la realidad sobre la que se opera.

Por esa razón, en investigaciones de esta naturaleza, se requiere no solo una estrategia procesal, sino una integral que, sin desnaturalizar el trabajo profesional de las pesquisas, articule alianzas ciudadanas de soporte al trabajo de jueces y fiscales dedicados a la tarea anticorrupción. Debe construirse, producto del consenso de los sectores sanos de la sociedad, un acuerdo que impida la agresión a los protagonistas de la justicia a través de campañas de desprestigio y desinformación (incluidas las de *lawfare*¹⁵), o que detengan todo arresto de obstruir el trabajo de la justicia a través de reformas legales direccionadas y antidemocráticas, o la interferencia de otras instituciones o poderes del Estado.

No se trata de que terceros se inmiscuyan en el trabajo de investigación y persecución judicial de la corrupción. Todo lo contrario, se trata de que se generen las condiciones para que el sistema de administración de justicia funcione sin injerencias motivadas por intereses subalternos.

En estos casos, “internacionalizar el conflicto”, entendido como activar mecanismos de supervisión de organismos multilaterales, que aliados con instituciones nacionales serias o colectivos ciudadanos, evalúen, alerten y denuncien todo intento de sabotear el trabajo de la justicia —sin ingresar en los casos concretos— resulta una buena estrategia.

Una lección que nos deja el caso Lava Jato es que fiscales y jueces se aislaron, pese a estar en la vanguardia de la ofensiva anticorrupción, lo que, independientemente de los otros problemas señalados líneas arriba, ha mellado seriamente su trabajo. Un Congreso corrupto, como el peruano, y un Ejecutivo cómplice, por las mismas razones, se empecinan en eliminar las armas con las que cuentan los operadores de justicia (colaboración eficaz, cuerpos élite de

15 La “guerra jurídica” consiste en que un actor político poderoso instrumentaliza el sistema de justicia para perseguir, neutralizar y hasta destruir a sus competidores o adversarios políticos (Pignatelli García, 2022). Muchas veces, como en el caso Lava Jato, esta persecución es desarrollada por corruptos contra los operadores de justicia.

investigación, normas para luchar contra el crimen organizado, etc.). A ello se suma otros intereses poderosos desde el lado de la corrupción, que producen un escenario desigual en el que obtener resultados relevantes y contundentes se hace una tarea cuesta arriba.

5.6. Sobre la invisibilidad y desamparo de las víctimas de corrupción

Como hemos mencionado en la sección anterior, una de las lecciones del procesamiento de grandes casos de corrupción como Lava Jato es la absoluta incapacidad del sistema legal para reconocer (y reparar) a las víctimas que sufren las consecuencias de la corrupción, lo cual afecta sus derechos fundamentales. La tendencia formalista de nuestro sistema lleva al absurdo de sostener que, como la doctrina y la jurisprudencia solo reconocen como titular del bien jurídico "administración pública" al Estado, este es el único receptor del daño causado por la corrupción.

Sin embargo, el artículo 94 del Código Procesal Penal considera como agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por un delito o perjudicado por sus consecuencias, lo que, en la casi totalidad de los casos de corrupción, además de al Estado, incluye a personas físicas y comunidades, por lo general, pobres y vulnerables. Es más, tratándose de delitos que impactan en intereses colectivos o de naturaleza difusa como la corrupción (que lesionan a un número indeterminado de personas), extiende la prerrogativa de constituirse como parte agraviada en los procesos penales a las asociaciones civiles. Por ello, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidos a las víctimas cuando cumplan con las dos condiciones siguientes: i) su objeto social esté relacionado con dichos intereses, y ii) se hayan formalizado antes de la comisión del delito en cuestión (es decir, inscritas y reconocidas como personas jurídicas).

Por su parte, el artículo 57.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), de la cual el Perú es suscriptor, establece que debe dársele atención prioritaria a la indemnización de las víctimas de los delitos de corrupción. En ese sentido, el artículo 35 impone a los Estados que se adhieren a la CNUCC, la obligación de garantizar en la normatividad interna, el derecho de las víctimas de actos de corrupción (personas o entidades) y a obtener una indemnización por vía judicial de los autores de dichos delitos:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización (CNUCC, artículo 35; énfasis nuestro).

A su vez, el Grupo de Trabajo creado por la ONU para promover la implementación de la CNUCC, ha establecido en su Resolución CAC/COSP/WG.2/2016/CRP.1, del 4 de agosto del 2016, titulada "Buenas prácticas para identificar a las víctimas de corrupción y parámetros para su compensación", que, si bien la corrupción puede victimizar a personas directamente, también, indirectamente, puede afectar negativamente a la sociedad en su conjunto. Por ello, el concepto de "daño social" debe ser promovido para aquellos casos en que a grupos de personas se les niegue la calidad de víctimas con el argumento de que no tienen un interés directo y específico (Working Group, 2016, p. 5).

De otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución No. 1/18 sobre corrupción y derechos humanos, señaló los efectos que genera la corrupción, perjudicando a: "grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad, y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres" (CIDH, 2018, p. 1).

Posteriormente, la propia Comisión, en su informe sobre corrupción, derechos humanos y estándares interamericanos afirmó que "los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y, por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos" (CIDH, 2019, p. 59).

En consecuencia, la CIDH ha señalado claramente, mediante sus informes y resoluciones, que los actos de corrupción afectan derechos fundamentales e intereses de diversas personas y grupos. Ello perjudica a la sociedad en su conjunto y genera daño social, lo que sin duda importa la afectación de diversos intereses colectivos y/o difusos.

Pese a la normatividad expresa, nacional e internacional (vigente como ley en el Perú), y a que varias de las investigaciones del caso Lava Jato en el país comprenden grandes proyectos de infraestructura que al haber sido sobrevaluados o quedado truncanos, afectan a diversas comunidades y sectores sociales relevantes en el goce de sus derechos fundamentales. Como se ha ilustrado en la sección anterior, no existe un solo antecedente de que se haya siquiera planteado o discutido la posible incorporación de agraviados distintos al Estado como víctimas del delito.

En ese sentido, creemos que es necesario identificar aquellos casos en los que personas humanas han sido afectadas por actos de gran corrupción y plantear su incorporación como agraviados, para luego ser reparados con arreglo a ley. A este esfuerzo pueden sumarse, como lo dispone el artículo 94 del Código Procesal

Penal, cuando hayan sido violados intereses colectivos o difusos, organizaciones no gubernamentales que cumplan con los requisitos legales, a fin de impulsar las investigaciones y coadyuvar al resarcimiento de las víctimas.

REFERENCIAS

- Chayes, S. (2017). *When Corruption is the Operating System: the case of Honduras*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.
- Creeze, B. (24 de octubre de 2017). *Preocupantes efectos de una carretera: la Interoceánica y la deforestación que causa*. Mongabay Latam. Recuperado de: <https://es.mongabay.com/2017/10/preocupantes-efectos-una-carretera-la-interoceanica-la-deforestacion-causa/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2019). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. (2018). *Corrupción y Derechos Humanos. Resolución Nª 1/18*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>
- DOJ. (21 de diciembre de 2016). *United States District Court Eastern District of New York. Plea Agreement. Cr. No. 16-643 (RJD). United States of America against Odebrecht S.A.* Recuperado de: https://www.justice.gov/dg/press-releases/attachments/2016/12/21/odebrecht_plea_agreement.pdf
- Freitas, F., Ugaz, J., Olaya, J. y Esquivel, Y. (2023). *Victims of Corruption. Back for Payback*. Washington DC: Stolen Asset Recovery Initiative (STAR), World Bank & UNODC.
- Gutiérrez, N. (2020). *Informe sobre corrupción y derechos humanos* [Manuscrito]. Lima: Proética.
- Infobae. (7 de julio de 2022). *Lava Jato: Mil investigados, embargos por S/ 1,600 millones y 83 proyectos millonarios en la mira de la Procuraduría Ad Hoc*. Recuperado de: <https://www.infobae.com/america/peru/2022/07/07/lava-jato-mil-investigados-embargos-por-s1600-millones-y-83-proyectos-millonarios-en-la-mira-de-la-procuraduria-ad-hoc/>
- Moro, R., de Santis, A. & Greenwald, G. (9 de junio de 2019). *As mensagens secretas da Lava Jato. The Intercept Brasil*. Recuperado de: <https://www.intercept.com.br/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>

- Nash, C. (2019). *Corrupción, democracia, estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y consecuencias*. En: Nash, C. y Fuchs, C-M. (ed). *Corrupción, estado de derecho y derechos humanos*. Manual de casos. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Neto, V. (2016). *Lava Jato*. São Paulo: Primeira Pessoa
- Pari, J. (2017). *Estado corrupto. Los mega proyectos del caso Lava Jato en Perú*. Lima: Editorial Planeta.
- Pari, J. (2016). *Informe en minoría de la Comisión investigadora encargada de investigar el pago de presuntas coimas a funcionarios peruanos por parte de las empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutierrez, Quéiroz Galvao, entre otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contrato con el Estado peruano*. Recuperado de: <https://plataformaanticorruptcion.pe/wp-content/uploads/2017/07/informe-j-Pari.pdf>
- Pignatelli García, M. J. (2022). Lawfare en español. ¿Qué es la guerra jurídica? Aproximación teórica al fenómeno. *Revista General de Derecho Penal*. N° 37.
- Procuraduría Ad Hoc para el caso Odebrecht y otras. (2022). *Informe de Gestión 2021*. Recuperado de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3318378/Informe%20Gestio%CC%81n%202021%20-%20Procuraduria%20Ad%20Hoc%20para%20el%20caso%20Odebrecht%20y%20otras.pdf.pdf?v=1663360771>
- Proética (2022). *XII Encuesta Nacional sobre Corrupción 2022*. Lima.
- Quispe Candia, L. (13 de febrero de 2024). *Los peajes de la discordia*. Boletín del IDEHPUCP. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/los-peajes-de-la-discordia/>
- Salcedo-Albarán, E. y Garay-Salamanca, L. (2022). *Corrupción y hambre: Reparación a víctimas de desnutrición causada por corrupción*. St. Petersburg, EEUU: Fundación Vórtex.

Working Group on Asset Recovery of the Conference of State Parties of the United Nations Convention Against Corruption. (2016). *Good Practices in Identifying the Victims of Corruption and Parameters for their Compensation*. CAC/COSP/WG.2/2016/CRP.1. Viena. Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2016-August-25-26/V1604993e.pdf>

EL DERECHO DE LAS PERSONAS EN NUESTROS CÓDIGOS CIVILES. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO Y LOS 40 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.393>

Carlos Alberto Calderón Puertas¹

Poder Judicial del Perú

carlos.calderon@uarm.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9387-166X>

RESUMEN

El autor hace un recorrido histórico sobre el origen de nuestros códigos civiles para detenerse en el cuerpo jurídico actual, indicar cuáles fueron las modificaciones que introdujo en nuestra legislación y reparar en la figura de Carlos Fernández Sessarego como artífice y ponente del Libro de Personas del Código Civil de 1984.

Palabras clave: Derecho de las Personas, Historia del Derecho, Carlos Fernández Sessarego

1. EL CÓDIGO CIVIL DE 1852

La historia de nuestros códigos empieza propiamente con la llegada de la independencia y con esa indispensable necesidad de dar unidad a la nueva formación estatal y jurídica que surgía.

Intentos fallidos, como el proyecto Vidaurre o las comisiones de 1825 y 1831, no cumplieron su objetivo acaso porque estábamos en la época de la “determinación de la nacionalidad” y de la anarquía absoluta. Para suplir esta inacción, la disposición transitoria número 11 de la Constitución de 1834 prescribió que, en la apertura de cada sesión anual, la Corte Suprema debía presentar al Congreso el proyecto de uno de los códigos “princiando por el civil”.

Sin embargo, este mandato también fue inobservado, de suerte que nuestro primer código civil no fue nuestro, sino ajeno. Me refiero al código de Santa Cruz, el mismo que rigió en el país cuando fue establecida la Confederación Perú-

1 Juez Supremo Titular en la Corte Suprema de Justicia de la República. Docente de Responsabilidad Civil y Derecho y Literatura en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya

Boliviana y permaneció mientras ella duró: 1838. De esta manera, el problema de la legislación deficiente, contradictoria y ampulosa del virreinato siguió existiendo. Años después —concluido los convulsos años de la anarquía y dentro del clima de paz propiciado por el gobierno de Castilla—, se creó una comisión codificadora que propuso un cuerpo legislativo que no prosperó por una poderosa razón: consideró al matrimonio como mero contrato: “el matrimonio —decía—, considerado civilmente, es un contrato consensual por el que un hombre y una mujer se reúnen en sociedad con el objeto de procrear y educar a la prole y de prestarse recíprocos auxilios”. Tal disposición trabó la promulgación del código y, aunque se ordenó su publicación, ella fue suspendida en el gobierno de Rufino Echenique. Ello obligó a la formación de nueva comisión en la que participaron, entre otros, los liberales Pedro Gálvez y Manuel Toribio Ureta, si bien la más poderosa influencia fue la del conservador Andrés Martínez.

Presentado los trabajos, mediante ley del 23 de diciembre de 1851, se dispuso que los Códigos civil y de enjuiciamientos en materia civil se promulgaran solemnemente por el presidente de la República, y se publicaran por los prefectos, subprefectos y gobernadores en todas las capitales de departamento, de provincia y de distrito, el 28 de julio de 1852.

Así, efectivamente, ocurrió. Nuestro primer código civil data de 1852 y, de acuerdo con los lineamientos propios de la tradición gayana, estuvo dividido en tres libros. El primero estuvo dedicado a “las personas y sus derechos”, el segundo, a las cosas y al modo de adquirirlas, y el último, a las obligaciones y contratos.

Me detengo en el Libro de Personal y de él solo en tres puntos. El primero indica que, para ser considerado nacido, se verificará que el nacimiento se produzca cuando menos seis meses después de la concepción, se sobreviviera 24 horas y se tuviera figura humana. Aunque sin cuestionar frontalmente estas ideas, Toribio Pacheco señalaba que no podía tomarse la primera regla como absoluta “si, por unos de estos fenómenos naturales, que no son raros, viniese al mundo (el niño) con las condiciones necesarias de vitalidad, y viviese en efecto”. Además, advierte que la segunda condición era algo arbitraria, pues —para el referido autor— bastaba haber nacido apenas un momento para ser poseedor de los derechos que le corresponden. En cambio, en lo que concierne al tercer requisito, estimaba que este era condición más racional, pues “como los derechos pertenecen al hombre, y solamente al hombre, es decir, el que no tiene figura humana, y que por esto se llama monstruo, no puede tener obción á ellos” (1872, p. 82).

En el segundo punto se advertía que, según el artículo 11 del Código, los varones y “mujeres” gozaban de derechos civiles, pero, casi inmediatamente,

el artículo 28 del texto legal indicaba que las “mujeres” casadas estaban bajo la potestad de sus maridos, debido —decía Pacheco— a “la debilidad inherente a su sexo” (1872: 83).

El último punto indicaba que “subsistían los efectos de la antigua esclavitud” (art. 95) y se regulaban las figuras del ingenuo, siervo y liberto. El ingenuo lo era por nacer de madre libre o ser hijo de madre liberta (artículo 96), el siervo era el esclavo que lo había sido antes de la jura de la independencia, si después no había obtenido libertad (art. 97), mientras que el liberto era el que había sido dejado de ser esclavo. Finalmente, estaban los esclavos.

2. UN DESFASE INICIAL: EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1890

Ya casi desde su promulgación, el Código Civil de 1852 pareció no atender los nuevos requerimientos existentes. En el plano del Derecho de las Personas, su articulado no era compatible con la abolición de la esclavitud, promulgada apenas dos años después de su vigencia, y en el plano económico, su vínculo con la propiedad inmueble le hacía ignorar a las sociedades industriales o financieras.

Por eso, más allá de su larga duración (84 años), rápidamente se pidió su transformación. El proyecto de 1890 fue un proyecto fallido, nunca promulgado. Si lo traigo a cuenta es porque, en una extensa sección preliminar de 148 artículos, se establecían reglas de derecho que constituían verdaderos aforismos jurídicos:

Art. 61. Más seguridad hay en la cosa que en la persona.

Art. 63. Cada uno quiere lo que le conviene.

Art. 64. Es defecto natural descuidar lo que se posee en común con otros.

Art. 75. Incurrir en grave culpa el que intenta hacer lo que no sabe, ni le compete hacer.

Art. 83. Lo que uno dice con cólera ó sobrexitado por pasión violenta, no se tiene por firme, mientras no subsista en ello, sin arrepentirse.

Art. 106. El que á sabiendas se deja engañar, no puede quejarse del engaño.

Art. 115. Quien una vez fué malo, malo se presume siempre. si no se prueba lo contrario.

3. LAS ACTAS DE LA COMISIÓN REFORMADORA Y EL DEBATE SOBRE EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Como el proyecto de 1890 jamás fue promulgado, en 1922 se creó la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, integrada por Juan José Calle, fiscal de la Corte Suprema; Manuel Augusto Olaechea, decano del Colegio de Abogados; Pedro Oliveira y Alfredo Solf y Muro, catedráticos de la Facultad de

Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y Hermilio Valdizán, catedrático de la Facultad de Medicina de la misma universidad.

Las sesiones de la Comisión, como lo recuerda Ramos, fueron llevadas, en primer lugar, en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y, luego, de manera sucesiva, en el domicilio y estudio de Manuel Augusto Olaechea, para finalizar desarrollando sus funciones en el estudio de Juan José Calle (2009, Tomo VI, Volumen 2: 30). Su labor culminó en 1929; solo siete años después se promulgó el Código. Ramos cree que la demora se debió a la incertidumbre de esos años, que vieron la caída del presidente Leguía, el ascenso de Sánchez Cerro, la persecución al aprismo auroral y, finalmente, los años de paz y concordia —por lo menos, de estabilidad— logradas en el gobierno de Benavides.

El Código fue promulgado el 2 de junio de 1936 para que rigiera a partir del 14 de noviembre de dicho año. 48 años después, en el mismo día y el mismo mes, entraría en vigencia el Código Civil de 1984, cuyos 40 años se celebran este 2024.

El Código Civil de 1936 puso fin a las veleidades sobre la viabilidad prescritas en el Código Civil de 1852. En la sesión de 18 de octubre de 1922, de la Comisión Reformadora del referido cuerpo legal, un decidido Juan José Calle indicaba con absoluta seguridad:

que anticipaba la opinión de que las dos últimas condiciones no debían mantenerse en el proyecto, especialmente de la que el nacido tenga figura humana, pues en el estado actual de la ciencia no podía admitirse que una mujer diera a luz una cosa monstruosa o prodigiosa, ya que no es posible creer en la existencia de monstruos ni en la de los prodigios (Actas. Primer fascículo, 1928: 21).

Durante la Comisión se discutió un tema que ahora nos asombraría: la posibilidad de declarar incapaz al indígena. Planteada, desde una posición de protección, constituía un ejemplo claro de que el camino al infierno suele estar empedrado de buenas intenciones.

Otro tema que vale también mencionar gira en torno a la discusión sobre la incapacidad relativa de la mujer. Olaechea, Calle y Oliveira estuvieron de acuerdo en este punto. Solf y Muro, en cambio, discrepó abiertamente de esta posición. A pesar de que tal incapacidad no se reguló, lo cierto es que el Código contuvo una serie de disposiciones que, en la práctica, colocaban en tal estado a la mujer casada, como se ha señalado en párrafos precedentes.

El que no se haya regulado la incapacidad relativa del indígena y de la mujer resultó afortunada, pero no dejaba de ser perturbador el ánimo de la Comisión

y de muchos consultados, quienes eran, precisamente, los que iban a dirigir el mundo jurídico peruano en los años siguientes.

La escasez de normas, sobre lo que después se ha denominado constitucionalización del derecho civil, era bastante notoria; era evidente que, luego de la Convención de Derechos Humanos de 1948, el Código debía incorporar dichas normas. Esta falencia resultaba notoria, además de lo poco sistemático del cuerpo legal, conforme lo expresará después Fernández Sessarego.

4. LA FORMACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Es a Carlos Fernández Sessarego a quien corresponde el primer y gran intento de cambiar el Código de 1936. Un primer paso para su estudio y revisión lo llevó a escribir en 1964 las *Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro primero del Código Civil peruano* en el que proponía un nuevo planteamiento del referido libro y la incorporación y tutela de nuevos derechos (vida, libertad, imagen, integridad psicosomática, disposición del propio cuerpo, intimidad, honor, reputación, voz, identidad²).

Nombrado Fernández Sessarego ministro de Justicia y Culto el 8 de febrero de 1965, durante el primer gobierno de Belaúnde Terry, se designó a la Comisión “Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936”, denominación prudente —aseguró Fernández Sessarego—, con el que se pretendía evitar la “prejuiciosa reacción adversa de parte del foro nacional” renuente a cualquier sustitución (2009, p. 66).

Ya en la primera sesión, Fernández Sessarego se encargó de inquirir a la Comisión de si se trataba de presentar una ley de enmiendas o de formular un código (Fernández Sessarego, 2009, p. 72). La tesis de un nuevo código fue seguida por León Barandiarán y Navarro Irvine, con opiniones coincidentes de Castañeda, Biélich, Lanatta y Vega. Además, Eguren, Cornejo y Arias señalaron que había que esperar los resultados del trabajo para dar una opinión formada; no obstante, poco tiempo después coincidieron en el cambio integral del código (Fernández Sessarego, 2009, p. 73 y Arias-Schreiber, 1991, Tomo I, p. 5).

Correspondió a Castañeda —quien luego se apartaría de la Comisión— solicitar que se distribuyera el trabajo por especialidades, de modo que cada uno de los profesores debía presentar su ponencia para ser debatida luego en el pleno de la Comisión. En lo que respecta al Derecho de las Personas, el encargo fue recibido por León Barandiarán y Fernández Sessarego. En una siguiente etapa, se suscitaron algunos cambios de metodología; por ejemplo, se canceló

2 Sin embargo, el Derecho a la Identidad se escribió en 1992.

el debate de las ponencias en la Comisión, las que se entregaban a los miembros para que aportaran sus sugerencias o críticas, por lo que, de no haberlas, se presumió su conformidad con el texto (Fernández Sessarego, 2009, p. 75 y Arias-Schreiber, 1991, Tomo I, p. 7).

Lo cierto es que el primer anteproyecto sobre el Libro de Derecho de las Personas fue presentado por León Barandiarán el 9 de agosto de 1965, al que se unió un anteproyecto sustitutorio de Fernández Sessarego de 20 de setiembre del mismo año, el que finalmente fue aprobado por la Comisión en 1972 (Fernández Sessarego, 2009, p. 77). Ese mismo año se aprobó el texto del Título Preliminar y un año después el anteproyecto de Acto Jurídico, los que fueron remitidos por Felipe Osterling —quien se había integrado a la Comisión luego del fallecimiento de Vega García— al presidente del Consejo Nacional de Justicia en 1974. Luego de que regresara de su viaje a Italia, la Comisión Revisora acogió nuevas iniciativas de Fernández Sessarego.

Habiendo cumplido sus funciones, el presidente de la Comisión Reformadora y, a la vez, ministro de Justicia, Felipe Osterling Parodi, entregó el anteproyecto del Código Civil, el 15 de julio de 1981, al presidente del Senado, Óscar Trelles. Seguidamente, mediante la Ley 23403, del 27 de mayo de 1982, se designó una Comisión Revisora, que estuvo conformada por los congresistas Javier Alva Orlandini, Roger Cáceres Velásquez, Ricardo Castro Becerra, Edmundo Haya de la Torre, Roberto Ramírez del Villar (quien no se incorporó a la Comisión) y Rodolfo Zamalloa, así como los abogados César Fernández Arce, Guillermo Velaochaga Miranda y Jack Bigio Chrem. Esta Comisión respetó la estructura del proyecto y modificó algunos artículos, que resultaron, al decir de Fernández Sessarego (2009), asistemáticos e inadecuados (p. 83). No contó, además, como integrantes a ninguno de los miembros de la Comisión Reformadora, lo que explica —dice Arias-Schreiber— algunas de sus deficiencias (1991, Tomo 1: 14).

Finalmente, el Código fue promulgado el 24 de julio de 1984. Antes, Fernández Sessarego remitió cuatro comunicaciones el 1, 8 y 12 de marzo y 17 de junio de 1984 (Arias-Schreiber, 1991, p. 14). La ley, con una breve *vacatio legis* de cuatro meses, entró en vigencia el 14 de noviembre del mismo año³.

5. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL LIBRO DE PERSONAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

¿Qué dijo este Código?

“La persona humana, por tanto, se constituye en cuanto sujeto de derecho en

3 Similar versión, relatada por Felipe Osterling, en 25 años del Código Civil. (Ver: Castillo, 2010, notas 3 y 5).

centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del derecho". Las palabras son de Carlos Fernández Sessarego y las escribió para la Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Se trata de una expresión de principios sustentada en afirmar una posición personalista y comunitaria del ser humano "alejada de toda concepción preponderantemente patrimonialista".

Su visión del Derecho tridimensional se conjuga activamente con la conducta intersubjetiva, las normas y valores a fin de lograr "la indispensable armonía entre la vida humana y social, los valores comunitarios de justicia y las normas jurídicas que permitan una pacífica convivencia" (Fernández Sessarego, 1985, p. 38). Estas les sirvieron, además, de sustento para la sección del Código Civil que bosquejaba.

Teniendo en cuenta estas ideas, Fernández Sessarego diseñó el Libro Primero del Código Civil y rebatió, con eficacia, el intento de la Comisión Reformadora de considerar el Libro de Acto Jurídico como el primero del Código, por ser la persona "lo primero en el Derecho: creadora, protagonista y destinataria de las normas" (Fernández Sessarego, 1985, p. 41).

Bajo esas bases, Fernández Sessarego consideró que entre los aportes generales más notorios del texto del proyecto se encuentran:

- a. Que se haya recategorizado la idea de sujeto de derecho, distinguiendo al concebido de la persona natural, y a las personas jurídica de las organizaciones no inscritas.
- b. Que el concebido se haya considerado como sujeto de derecho autónomo.
- c. Que se hayan incorporado numerosas disposiciones no reguladas en el Código Civil de 1936 y que generan 16 artículos en los que se tratan los derechos de la persona.
- d. Que se haya regulado extensamente la materia referente al nombre.
- e. Que se haya eliminado el elemento subjetivo en el caso del domicilio.
- f. Que se haya incorporado las materias referidas a la desaparición y ausencia y "novedosos conceptos" sobre el reconocimiento de existencia.
- g. Que se haya considerado a la persona jurídica desde su concepción tridimensional (no como mero dato formal, sino como realidad existencial que apunta al vivenciamiento de valores).
- h. Que se haya incorporado las nociones de asociación, fundación y comité y que se haya regulado a las organizaciones no inscritas.

6. EL LIBRO DE PERSONAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Algunas posturas críticas señalaron que el Código Civil italiano de 1942 fue el único modelo que siguió nuestro código. Frente a ello, Fernández Sessarego advirtió desde 1985, en un ensayo publicado de consuno con Carlos Cárdenas, al que denominaron: *Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942*, las diferencias entre ambos textos.

Así, anota que se tuvo “más en cuenta la doctrina y, en menor grado, la jurisprudencia italiana que el propio Código Civil de 1942” (Fernández Sessarego, 1986, p. 107), para luego añadir que: (i) Diferente es la sistemática (allá la temática de Persona y Familia están en un solo Libro, mientras que aquí son independientes). (ii) En el caso del concebido, refiere que “un importante y tradicional sector de la doctrina italiana es contraria al otorgamiento de subjetividad al concebido (Fernández Sessarego, 1986, p. 109). Sin embargo, el Código Civil peruano asume las lúcidas opiniones de Bianca, Busnelli, Oppo, Biscontini, Traverso, como también se examinó la sentencia No. 27 de la Corte Constitucional italiana de 1975. (iii) Del mismo modo, expresa que los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 “no reconocen antecedentes en el Código Civil Italiano” (Fernández Sessarego, 1986, p. 111).

El catedrático sanmarquino mencionó que existieron otras influencias como, por ejemplo, el Código Civil de Portugal de 1967 y el proyecto del Código Civil francés de 1950. Sin embargo, reitera que, antes que el propio código italiano, la ascendencia viene de la doctrina y la jurisprudencia que se desarrollaron sobre la base de su articulado, situación reconocida por Pietro Rescigno con estas expresiones:

para el legislador peruano, más que nuestro Código en su versión originaria, el modelo estuvo constituido por el derecho italiano aplicado y, por lo tanto, vigente en virtud de la elaboración que la doctrina y la jurisprudencia han realizado en más de cuarenta años, con la principal finalidad de efectuar una relectura adecuada a los principios constitucionales y las intervenciones normativas del sector (1986, p. 235).

En todo caso, el Código Civil peruano mereció, desde el inicio, sustanciosos halagos. Fernández Sessarego los reseñó en *Los 25 años del Código Civil Peruano. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*. Los términos, de otro lado, fueron recogidos en *Diez años del Código Civil peruano* y *El Código Civil Peruano* y el *Sistema Jurídico Latinoamericano*, que recogió los trabajos presentados en el Congreso Internacional de Lima del 9 al 11 de agosto de 1985. Fernández Sessarego no tiene ninguna expresión desmedida en lo que

señala, pues, en efecto, recibió los comentarios encomiásticos de Fueyo Laneri: "Salvo uno o dos códigos (...) el del Perú ha considerado de manera excepcional el Derecho de la persona" (1986, p. 173). Por su parte, Valencia Zea indicó que "lo más valioso del nuevo Código Civil del Perú del año 1984 consiste sin duda en convertir en normas positivas nacionales los principales derechos de todo individuo" (1986, p. 224). Además, Pierangelo Catalano señaló que "el jurista peruano contribuye originalmente con la corriente del pensamiento ibérico: él concentra la atención en el valor de la vida humana y, rechazando la teoría de la ficción, llega a utilizar la conceptualización abstracta para la defensa del ser concreto de los concebidos" (1986, p. 224). Asimismo, Pietro Rescigno manifestó lo siguiente:

La doctrina y la práctica han construido en Italia (...) un derecho que trasciende los límites del código. El que de aquella observación se hayan consagrado en el código civil peruano, a través de un trabajo crítico e integrativo, los resultados más convincentes o menos controvertidos, así como los más adecuados a los conflictos de intereses, es motivo de complacencia para el observador italiano que con curiosidad y respeto se acerca a un código de estructura moderna y de sólidas raíces (1986, p. 242).

Algunos de esos cambios los ha mencionado con pulcritud Vega Mere. Así, la subjetividad del concebido, el apartarse de la teoría de la ficción, la recategorización de los sujetos de derecho, la regulación de la fundación y el comité no inscritos, la cláusula general que permite tutelar "los demás (derechos) inherentes a la persona humana", el catálogo de derechos reconocidos, la incorporación del daño a la persona, etc. (Vega, 1996, p. 109).

7. LAS MODIFICATORIAS AL LIBRO DERECHO DE LAS PERSONAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El lector debe tener en cuenta que la Comisión Reformadora presentó un articulado, ya que este, en alguna medida, fue modificado por la Comisión Revisora. Luego de la promulgación del Código, el Libro de Derecho de las Personas ha sufrido 31 modificaciones, sin contar la derogatoria de la sección dedicada a los Registros de Estado Civil. Algunas de las modificaciones efectuadas han sido las siguientes:

- a. El trámite para el reconocimiento del embarazo o parto (artículo 2).
- b. El renovado artículo 3 precisa que todos tienen capacidad de goce, eliminando los posibles supuestos de excepciones.
- c. La disposición del cadáver por autoridad competente regulada en el artículo 10.

- d. Las disposiciones sobre el nombre dispuestas en los artículos 20, 21 y 22.
- e. Se ha especificado el plazo del deudor para comunicar el cambio de domicilio (artículo 40).
- f. Se ha modificado de manera total el título V de la sección Primera, referida a la capacidad e incapacidad de ejercicio, cambio originado por la promulgación del Decreto Legislativo 1384.
- g. Se presentan cambios en el tema de la ausencia, muerte presunta y reconocimiento de existencia (artículos 47, 60 y 67).
- h. Con respecto a las personas jurídicas se han modificado los artículos 85, 92, 95 (en dos oportunidades), 96, 104.2 y 104.9, 108, 109, 110, 120, 121 y 122.

8. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Este es, pues, nuestro código vigente. El que celebra sus 40 años. Si hubo un capitán al mando para su nacimiento, ese fue Carlos Fernández Sessarego, cuyos últimos años de profesorado lo hizo en nuestra universidad.

Don Carlos y sus 14 ediciones de su *Derecho de las Personas*. Don Carlos y ese libro iniciático en América Latina que fue (y es) su *Derecho a la Identidad Personal*. Don Carlos y nuestros preliminares estudios sobre el Derecho Genético. Don Carlos animando conferencias, realizando congresos nacionales e internacionales. Don Carlos polemista fino y cortés. Don Carlos avizorando (o diseñando) el tridimensionalismo. Don Carlos inquieto pero sereno, apasionado pero comedido, culto, siempre reflexivo. Es decir, si durante más de cinco décadas (desde su Noción Jurídica de la Persona en 1962 hasta su muerte en 2019) un nombre en el Perú representó el Derecho de las Personas, ese fue el de Carlos Fernández Sessarego. Si alguien exportó derecho del Perú al mundo, ese fue su tridimensionalismo, sus estudios sobre el derecho a la identidad y el proyecto de vida recogido, por ejemplo, en el Código Civil y Comercial argentino del 2015.

Obviamente, los cambios han sucedido con tal rapidez que en algunos casos ha dejado al Derecho muchos pies atrás y al código mucho más atrás que al Derecho. La impostergable necesidad de referirse a la tutela de los embriones, a la complejidad de la figura de sujeto de derecho, los animales sintientes y la propia inteligencia artificial, o el derecho a la identidad (no regulado en el ordenamiento civil) y el velo societario para referirnos solo a algunos de los temas en cuestión, imponen la modificación legal.

De ello se habría percatado don Carlos y con el mismo ardor que en 1964 propondría —como lo hizo él mismo— los cambios necesarios porque, aunque

sueno curioso, una persona dedicada a buscar la estabilidad legal en un código, como don Carlos, fue a la vez, como Leo Trotsky, un apasionado de la revolución permanente y de la necesidad de modificar la ley para amparar los nuevos supuestos.

Al pasado no se le clausura. Es sobre sus hombros, para hacer un paralelo con una frase generalizada, que se construye el presente, ahora mismo convertido en futuro. De estomodo, si se pretende modificar el código, hay que partir de su estudio, de las razones en su confección, de los paralelos legales existentes. Una nueva interpretación y, hasta si se quiere, una reforma a fondo (como el que propusieron los proyectos de 2006 y el anteproyecto de 2018) debe apoyarse en el esfuerzo de los que fueron y de ellos, con orgullo que debe proclamarse, en los trabajos de Carlos Fernández Sessarego.

Fue —lo reitero— profesor de nuestra universidad. Sus ideas y su rebeldía subsisten. Por ello, el homenaje que le rinden al código civil, al código de lo cotidiano, al código nuestro de todos los días (el Código Civil de 1984) es el homenaje que la institución le hace a uno de los suyos y que los jóvenes, es decir, ustedes, le hacen al derecho.

Fue nuestro capitán y toda una generación sus humildes gavieros. No repetiré solo el “¡Oh capitán! ¡Mi capitán!” de Walt Whitman, tan usado en diversos prólogos. En cambio, insistiré en los versos que continúan, palabras con las que finalizo este escrito, imagen precisa de lo que sus discípulos, sus lectores y los que lo quisimos quisiéramos que ocurriera 60 años después de ese primer grito de reforma del Código Civil de 1936, que fueron sus *Consideraciones Sistemáticas Preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil Peruano*, 40 años después de la promulgación del Código Civil de 1984 y 5 años luego de su partida:

¡Oh capitán! ¡Mi capitán! Levántate y escucha las campanas;
 Levántate, por ti la bandera ondea, por ti el clarín suena;
 Por ti los ramilletes y las guirnaldas engalanadas,
 por ti las playas abarrotadas;
 por ti clama este gentío y hacia ti vuelven sus miradas.

REFERENCIAS

- AA.VV. (1988). *Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schereiber Pezet*. Cultural Cuzco.
- Arias-Schereiber, M. (1991). *Luces y sombras del Código Civil*. Tomo I. Librería Studium S.A.
- Basadre Ayulo, J. (2000). Una contribución a la bibliografía jurídica peruana: El título preliminar y el libro primero de las personas en el Código civil peruano de 1936. En *Temas de Derecho II. Homenaje a José León Barandiarán*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Basadre, J. (1963). *Historia de la república del Perú*. Editorial Perú América S.A.
- Basadre, J. (1997). *Historia del derecho peruano*.
- Castañeda, J. E. (1953). *Código Civil*. Librería Juan Mejía Baca.
- Castillo Freyre, M. (2010). 25 años del Código Civil. En AA.VV., *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*. Motivensa SRL.
- Catalano, P. (1986). Los concebidos entre el Derecho Romano y el Derecho Latinoamericano (A propósito del artículo 1 del Código Civil Peruano de 1984). En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco.
- Comisión Reformadora del Código Civil (1926a). *Actas. Sexto fascículo*. Imprenta La Tradición.
- Comisión Reformadora del Código Civil (1926b). *Consultas*. Librería e Imprenta Gil.
- Comisión Reformadora del Código Civil (1928). *Actas. Primer fascículo*. Imprenta C. Ñ. Castrillón.
- Fernández Sessarego, C. (1984). *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima.

- Fernández Sessarego, C. (1985). Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano Derecho de las Personas. En D. Revoredo de Debakey (Comp.), *Código Civil IV. Exposición y Comentarios*.
- Fernández Sessarego, C. (2007). *Derecho de las Personas*. Editora Jurídica Grijley S.R.L.
- Fernández Sessarego, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*. Motivensa S.R.L.
- Fernández Sessarego, C. y Cárdenas, C. (1986). Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil Peruano de 1984 en relación con el Código Civil Italiano de 1942. En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco.
- Fuentes, M. A. y Lama, M. (1870). *Código Civil del Perú*. Imprenta del Estado.
- Fueyo Laneri, F. (1986). Sobre el Derecho de la Persona. A propósito del Nuevo Código de la República del Perú. En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco.
- Guevara Pezo, V. (2004). *Personas Naturales*. Gaceta Jurídica S.A.
- Pacheco, T. (1872). *Tratado de Derecho Civil*. Imprenta del Estado.
- Proyecto de Código Civil (1890). Imprenta de J. Francisco Solís.
- Ramos Núñez, C. (2005). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. II. La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2009) *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. VI. Volumen 2. El código de 1936. La génesis y las fuentes*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2011). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. VI. Volumen 3. El código de 1936. El bosque institucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rescigno, P. (1986). Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del Nuevo Código Civil Peruano de 1984. En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco.

Valencia Zea, A. (1986). Los Derechos de la Persona (o Derechos Humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984. En *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco.

Vega Mere, Y. (1996). *Derecho Privado*. Tomo I. Editorial Grijley.

Whitman, W. (2008 [1891-2]). "O Captain! My Captain!" En *Leaves of Grass* (pp. 262-263). oxford University Press

EL ADVENIMIENTO DE UN NUEVO DAÑO A LA PERSONA: EL MOBBING

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.389>

Carlos Antonio Agurto Gonzáles¹
Universidad Antonio Ruiz de Montoya
<https://orcid.org/0000-0003-4058-8868>
carlos.agurto@uarm.pe

RESUMEN

En el ámbito de los daños a la persona, las afectaciones producidas en el ámbito laboral por el fenómeno *mobbing* puede lesionar a los sujetos, relacionado también a las diversas voces de daños, como el biológico, a la salud, moral y al bienestar. El Código Civil peruano, de 1984, al reconocer en el artículo 1985 la categoría general del daño a la persona permite protegerse del terror psicológico o *mobbing*. En el presente trabajo se estudia esta figura y su relación con los diversos tipos de daño a la persona.

Palabras claves: *Mobbing* - daño a la persona - daño biológico - daño a la salud.

1. INTRODUCCIÓN

El ambiente de trabajo, en muchas ocasiones, es afectado por una serie de situaciones perjudiciales, que podrían ocasionar detrimentos a la salud y al bienestar del trabajador. A partir de los años ochenta del siglo XX, con los

1 Profesor en el pre y postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad de Lima, de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y de la Universidad Autónoma del Perú. Ha sido secretario técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil peruano, nombrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, postdoctor en Derecho y Nuevas Tecnologías en la Universidad "Mediterranea" de Reggio Calabria (Italia), doctor en Derecho por la Universidad de Turín (Italia), magíster por la Universidad de Bolonia (Italia), Visiting Scientist en la Universidad de Padua (Italia), miembro asociado del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia). Ha sido becario de la Unión Europea, de la Universidad de Turín y de la Universidad de Padua (Italia). Es también miembro del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo de la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles (Italia), miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia) y abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

estudios del profesor alemán Heinz Leymann, estas situaciones peyorativas se condujeron al fenómeno denominado como mobbing.

La expresión *mobbing* proviene del inglés *to mob*: atacar y agredir. No obstante, también es necesario indicar que cierto sector del formante doctrinal (Monateri, Bona y Oliva, 2000, p. 6) ha considerado que el sustantivo *mob* deriva de la palabra en latín *mobile vulgus*, que significa "multitud tumultuosa", en sentido despectivo. Debemos recordar que, como bien nos resaltaba en su tiempo el gran romanista y Premio Nobel de Literatura Theodor Mommsen (Mommsen, 1960, p. 73.), que el perjuicio (*injuria*) en la época de Roma antigua era la afectación corporal o real, consistente en una situación perjudicial para la víctima.

Fue empleada por primera vez por el reconocido zoólogo y etólogo Konrad Lorenz en la segunda mitad del siglo XX, haciendo referencia al comportamiento de algunas especies animales, que amenazaban a un miembro de su grupo con el objeto de aislarlo (Cacace, 2003, p. 155).

Las investigaciones desarrolladas por Lorenz llamaron la atención de la psicología y las ciencias sociales. En Alemania, el Prof. Leymann fue el primero en emplear el término *mobbing* en el ámbito de trabajo, considerado como una situación anómala, que se prolonga en el tiempo, mediante acciones y conductas hostiles, efectuados por los compañeros de trabajo o los empleadores, aplicándose por extensión a las relaciones entre los agresores y la persona lesionada (Leymann, 1996, p. 27).

En su concepción moderna, el *mobbing* indica una forma de terror psicológico efectuado en el centro de trabajo, respecto de uno o más trabajadores, por parte de los compañeros y colegas o de los empleadores o jefes de la empresa o entidad. El fenómeno mobbing fue enseñado adecuadamente por el laboralista y civilista Renato Scognamiglio (Scognamiglio, 2010, p. 446), el cual se manifiesta al interior de las relaciones humanas, en el ámbito de trabajo, y se constituye en una tendencia probable de la existencia social.

Se debe también a Scognamiglio una concepción jurídica actual del *mobbing*: una secuencia de actos o comportamientos focalizados a realizar una forma de persecución psicológica en el trabajador afectado. Para el profesor emérito de la Universidad de Roma La Sapienza (Scognamiglio, 2010, p. 450), una importancia relevante asume, más allá de la concepción formal de la categoría, la duración y la frecuencia de los actos agresivos y perjudiciales, que deben ser valorados casuísticamente, considerando también la diversa naturaleza y la gravedad de los actos y comportamientos persecutorios.

En el mundo de la globalización económica (Galgano, 2005, p. 13; Galgano, 2016, p. 273), y de sentido competencial de las relaciones humanas, también en el ámbito del trabajo, una empresa o entidad pública, que posee características

propias y persigue determinados objetivos, puede presentar problemas y dificultades para el trabajador, más que de los comportamientos hostiles del empleador o de otros dependientes. En estos casos, se trata de una situación negativa propia del trabajo, que ocasiona condiciones intolerables que podrían generar situaciones que configurarían mobbing.

Lo que resulta claro es la idoneidad de la secuencia de comportamientos o actos perjudiciales del empleador o de colegas y compañeros del centro laboral que producen persecución psicológica al trabajador afectado. Es evidente que las relaciones de trabajo constituyen uno de los terrenos privilegiados en lo que es necesario también proteger y tutelar la integridad de los sujetos trabajadores (Cester, 2000, p. 493).

Con respecto a la categoría general del daño a la persona, que se encuentra regulado normativamente en los códigos civiles y normas contemporáneas (Pinto Oliveros, 2009, p. 385 y ss), el *mobbing*, en cuanto daño psíquico que repercute en la salud y bienestar del trabajador afectado, se presenta como un detrimento o perjuicio a la persona, que empeora su existencia. Por ello, estimamos que el *mobbing* es un tipo de daño a la persona, materia del derecho civil, pero también del trabajo. Nos ocuparemos de examinar la relación de este nuevo tipo de daño al ser humano con las otras especies del genérico daño a la persona como el daño biológico, a la salud, moral, al bienestar o existencial.

2. EL *MOBBING* COMO DAÑO A LA PERSONA

Es un problema delicado cuando se realiza el estudio y tratamiento del *mobbing*, el cual es el daño reparable ocasionado al trabajador como afectado o lesionado frente a la situación peyorativa. Como lo ha resaltado el formante doctrinal, daño es el perjuicio o pérdida causada al patrimonio de un sujeto o a sus derechos o intereses existenciales dignos de tutela jurídica (Diez-Picazo y Ponce de León, 1999, pp. 287 y ss.). Es la afectación o lesión de un interés (patrimonial o a la existencia) del sujeto afectado (Monateri, 1998, p. 277). Debe comprenderse también que el daño no es una institución prejurídica ni una abstracción, sino normativa, la cual puede ser descrita sobre la base de los datos positivos, ya que las normas precisan cuando un hecho histórico puede ser considerado daño para la activación de la medida reparatoria al lesionado (Salvi, 2019, p. 51). Es el daño la categoría central de la moderna responsabilidad civil (Castronovo, 2018, p. 99).

El daño es indemnizable si deriva de una acción o comportamiento ilícito que produce la inobservancia de una disposición jurídica concerniente a la protección de los derechos fundamentales o de una disposición contractual. Los daños deben ser efectivos, es decir, concretamente producidos y merecedores de tutela. No obstante, es necesario precisar que la indemnización de un daño es un

automático. Solo es resarcible si se ha presentado un incumplimiento contractual o reparable cuando se produce la violación del principio del *neminem laedere* (Valditara, 1998, pp. 1 y ss.; Valditara, 2005, pp. 3 y ss.; Valditara y Mercogliano, 2020, pp. 3 y ss.; Schipani, 2009, pp. 3 y ss.).

En la denominada sede extracontractual, el *mobbing* se presenta como una nueva voz del genérico daño a la persona. Este daño, reconocido expresamente en el derecho peruano como voz de afectación reparable al ser humano, en el artículo 1985 del Código Civil, sigue evolucionando y ampliándose en atención a las nuevas formas de lesionar al sujeto. El trabajador afectado por *mobbing* puede ser lesionado por daños de naturaleza patrimonial o contractual como, por ejemplo, los gastos médicos que debe realizar por terapias psiquiátricas y psicológicas necesarias para aliviar los daños provocados por el *mobbing*. Cabe precisar, no obstante, que los daños a la persona son las afectaciones más usuales producidas por este fenómeno.

Por muchas décadas, la indemnización de los daños, derivados de fuente contractual como extracontractual, ha sido dominada desde una perspectiva patrimonialista (Alpa y Restá, 2019, pp. 168 y ss.). En efecto, una vez identificados como componentes esenciales del daño, la pérdida sufrida (daño emergente) y la falta de ganancia dejada de percibir (lucro cesante), solamente podrían asumir relevancia, en sede reparatoria, las lesiones y perjuicios sufridos por la persona que fueran susceptible de valoración económica. Con el trascurso del tiempo, se abrió el camino para el reconocimiento de los daños a la persona, que no necesariamente tienen un contenido económico.

La visión patrimonialista del daño puede asegurar efectiva tutela en hipótesis contractuales, pero no para el daño a la persona. Con el correr de la evolución de las sociedades, se advirtió la exigencia de superar la dicotomía daño contractual y extracontractual, especialmente en las situaciones de violación de los derechos de la persona constitucionalmente garantizados. Es necesario considerar, por ello, la afectación que el *mobbing* tiene en la salud del trabajador a fin de exigir la garantía de una tutela efectiva del derecho a la salud, reconocido en las modernas constituciones y normas estatales.

3. EL DAÑO BIOLÓGICO Y A LA SALUD POR *MOBBING*

El perjuicio o daño biológico comprende cualquier afectación de la integridad física y/o psíquica de la persona, que modifica en sentido peyorativo la forma de ser y que incide negativamente en la esfera individual del sujeto en sus múltiples manifestaciones (Monateri et al., 2000, p. 65). La evolución del daño a la persona y gran parte de su reparación se encuentra vinculada a sus voces más reconocidas, como el daño biológico (Monateri, 1989, p. 18) y a la salud.

La categoría del daño biológico surgió como impulso de la jurisprudencia. En efecto, las primeras sentencias sobre este tipo de daño a la persona se pueden encontrar en los años setenta del siglo pasado, en países como Italia, caracterizadas por su configuración y naturaleza como una nueva categoría de afectación al ser humano.

En tal sentido, el daño biológico identifica el daño con la lesión a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de valoración y evaluación médico-legista, independiente de la capacidad de producción económica de la persona afectada (Alpa, 2003, pp. 24-25). Este tipo de daño es una especie del genérico daño a la persona, que se encuentra reconocido en el artículo 1985 del Código Civil peruano, considerado como la afectación psico-física, que prescinde de los detrimentos a la pérdida o reducción de esfera económica de la persona y que concierne a su integridad, a su propia existencia (Alpa et al., 2008, p. 427). Se trata, por ende, del sufrimiento a la esfera biológica, que implica la limitación de las posibilidades de acción, produciendo sufrimiento físico, y que afectan también las relaciones del sujeto con el exterior (Trimarchi, 2021, p. 657). Deriva de la lesión de la integridad de la persona, vinculada al detrimento fisio-psíquico del sujeto (Alpa, 2010, p. 667).

Dentro de la mirada del daño a la persona, el daño a la salud se presenta como una voz prioritaria, autónoma respecto a las figuras del daño contractual como del daño moral (Busnelli, 2001, p. 4). Comprende la afectación de aspectos no económicos de la vida del sujeto (Salvi, 1985, p. 221).

El primado del daño a la persona y de sus voces de daño biológico y del daño a la salud, en la teoría general del daño, son resultado de las transformaciones que se han producido en lo jurídico en las últimas décadas (Busnelli y Patti, 2013, p. 44). A nivel jurisprudencial, es reconocida mayoritariamente la reparación de los daños que lesionan la integridad psico-física de la víctima (Bussani e Infantino, 2022, p. 158).

Cabe precisar, también, que la atención de los jueces se concentró en la naturaleza estática o dinámica del daño biológico. En este tipo de daño a la persona, se puede identificar dos aspectos: el primero, el estático, es decir, la violación en sí misma considerada en la integridad psicofísica y, el segundo, el aspecto dinámico, respecto a las consecuencias negativas de la lesión en la vida cotidiana de la persona.

Respecto el daño biológico por *mobbing*, en el trabajador puede presentarse en condiciones patológicas que, mediante depresiones por su situación peyorativa, puede afectar su integridad física y psíquica. En efecto, afecta la salud de la persona por la conducta hostil y persecutoria producida por la situación de *mobbing*. Se ha establecido que la perturbación psíquica puede ser ocasionada

por ritmos o por encargados excesivos laborales, falta de crecimiento profesional, inactividad forzada, discriminación y acoso sexual, y ejercicio de acciones en el centro de trabajo, lo que podrían invadir la esfera personal del trabajador.

En la experiencia comparada, sobre la reparación del daño biológico, la Corte Constitucional italiana se pronunció por primera vez en 1979, en la sentencia N° 88 del 26 de julio. En efecto, sostuvo que *"la tutela del derecho a la salud, reconocida directamente por la Constitución no sólo como interés de la colectividad sino también y especialmente como derecho fundamental del individuo, se encuentra en el ámbito de la aplicación del artículo 2059 del código civil² y 185 del código penal³, respecto que al sujeto es reconocido el resarcimiento de todas las consecuencias no patrimoniales derivadas del ilícito penal, comprendidas las afectaciones de la integridad física en sí considerada"*.

También, en el ordenamiento jurídico peruano, el daño biológico es reconocido, como voz de daño reparable, dentro de la genérica categoría del daño a la persona, por el código civil peruano, que cumple cuarenta años de vigencia. Así, la sentencia casatoria laboral N°24954-2018-Lima, del 30 de noviembre del 2021, sostiene que *"en cuanto al daño biológico este se identifica con la lesión considerada en sí misma, causada en relación con algún aspecto de la mencionada unidad psicosomática de la persona víctima del daño"*. Asimismo, la jurisprudencia suprema peruana ha declarado que *"las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales"* (sentencia casatoria laboral N° 3636-2021 Lima del 27 de septiembre de 2023).

Ciertamente, cuando se produce el *mobbing*, se afecta y lesiona la salud del sujeto, así como su dignidad, como bien ha manifestado la jurisprudencia italiana casatoria: "el trabajo no es solo un medio de ganancia, sino constituye un medio prevalentemente de desarrollo de la personalidad de todo ciudadano" (Sentencia de la Corte de Casación de Italia, N°8835 del 13 de agosto de 1991).

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de establecer que los actos de hostilidad laboral, que podrían configurar el *mobbing*, *"son aquellos supuestos donde el empleador se excede en sus facultades de dirección"*. Al respecto, se halló que "los actos contra la moral y todos aquellos que afecten

2 Artículo 2059 del código civil italiano: "El daño no patrimonial sólo debe ser resarcido en los casos determinados por la ley".

3 Artículo 185 del código penal italiano: "Todo delito exige restitución, conforme a las leyes civiles. Todo delito que haya causado daño material o moral obliga al culpable y a las personas que, según las leyes civiles, deben responder por su delito, a pagar una indemnización".

la dignidad del trabajador, los cuales le causan perjuicio a éste". En cuanto al empleador se advierte que "haciendo uso abusivo del mismo menoscaban y denigran los derechos fundamentales de los trabajadores" (Sentencia Casatoria Laboral N° 25294-2018, del 16 de septiembre del 2020).

4.- MOBBINGY DAÑO MORAL

El daño moral es la antigua categoría que tradicionalmente se ha identificado con la voz del daño no patrimonial (categoría está última que no se encuentra reconocida legislativamente en el código civil de 1984), aunque un sector de la doctrina ha criticado esta posición (Scognamiglio, 2010, p. 305).

El derecho civil tradicional consideraba esta voz como un sinónimo del daño a la persona. En el formante doctrinal nacional se ha precisado, desde la primera mitad del siglo XX, que el daño moral no es un detrimento o perjuicio incierto; sin embargo, como es de carácter interno, comporta consigo la dificultad de probar su existencia (Solf García Calderón, 1945, p. 29). Por esta razón, se afirmaba, en la doctrina peruana de las primeras décadas del siglo pasado, que todo daño que se produzca, especialmente a lo referente al cuerpo y a la salud de la persona, ocasiona en la sociedad un cierto malestar, que esta percibe que una parte de lo social ha sido afectada (Ramírez, 1911, p. 118). Así, también, se afirmaba que el daño moral constituye una lesión injusta a un derecho extrapatrimonial y que tiene una certeza vaga e indefinida, por cuanto escapa de toda posibilidad de estimación aritmética (Rey de Castro, 1972, p. 345). Nuestra clásica doctrina llegó a preguntarse cómo se podría reparar el daño moral si no tiene equivalente en dinero, debido a que se lesiona un aspecto del ser humano que no tiene contenido patrimonial ni dinerario (Castañeda Peralta, 1962, p. 522).

Modernamente, la concepción del daño moral se identifica con el dolor, con los sufrimientos internos del sujeto, con las perturbaciones del estado de ánimo de la persona (Alpa, 2014, p. 119). Como expresa una autorizada en doctrina y responsabilidad civil, este tipo de daño a la persona hace referencia a las afectaciones en el estado anímico del sujeto injustamente ocasionado por un hecho materialmente idóneo para constituir un acto ilícito lesivo a los intereses de la persona dañada (Monateri, 1998, pp. 296-297).

El daño moral es la afectación no patológica, transitoria, que se diluye con el tiempo. Así, nuestra Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, ha afirmado que "el llamado daño moral no compromete la libertad del individuo, pues, como se ha anotado es un daño sicosomático que afecta la esfera sentimental del sujeto en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento, siendo un daño que no se proyecta al futuro, pues no está vigente durante la vida de la persona, tendiendo a disiparse, generalmente, con el transcurso del tiempo"

(Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N° 4817-2013-Lambayeque, 22 de julio del 2014).

A nivel de la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional Italiana, en la sentencia N°37 del 17 de febrero de 1994, ha establecido que el daño moral consiste en “un momentáneo, tendencialmente transeúnte turbación psicológica del sujeto afectado”. Por el contrario, el daño biológico representa “el sufrimiento psíquico o moral, que determina efectivamente, por sí misma, alteraciones del psiquismo tal de incidir negativamente en la actitud del sujeto a participar normalmente en las actividades, en las situaciones y en las relaciones en que la persona desarrolla en su misma vida”.

Respecto al daño moral por *mobbing*, también la jurisprudencia italiana ha tenido ocasión de afirmar que “el *mobbing* que se somete al trabajador, además de causar un daño patrimonial como biológico, obviamente resarcibles, produce necesariamente tanto un daño moral, como un daño existencial” (Sentencia del Tribunal de Agrigento, del 01 de enero de 2005).

Cabe precisar que, no necesariamente, en las situaciones de *mobbing*, al presentarse el daño biológico, aparece también el daño moral, pues solo puede resultar en parte vinculado a las lesiones físicas. También, en estos casos, se considera que, a nivel del derecho comparado, la prueba del daño moral, entendido como afectación sufrida por el sujeto, puede ser *in re ipsa*; es decir, el lesionado debe solo probar los hechos que constituyen el daño sufrido (Monateri et al., 2000, p. 80).

El formante doctrinario laboralista considera reparable el daño moral en el ámbito de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales (Monateri et al., 2000, p. 85). Asimismo, el principio general es que, en cuanto a la cuantificación del daño moral, debe proceder una valoración equitativa del daño. Si bien este principio no contribuye, de por sí, a resolver el problema de la identificación de un monto de reparación por los padecimientos morales, ha sido por mucho tiempo realizado por la doctrina y por la jurisprudencia con forma variada. En experiencias jurídicas como la italiana, han identificado y elaborado una serie de parámetros respecto a su liquidación y valoración, como la afectación interna, el grado de sensibilidad del afectado, el comportamiento del dañado, la gravedad de la lesión, el beneficio obtenido por quien ocasiono el daño, el daño biológico, las condiciones económicas de las partes, entre otros.

No obstante, es evidente que, en la reparación del daño moral, predomina la discrecionalidad de los jueces, teniendo en cuenta los elementos de la configuración del perjuicio y que debe ser respetada la exigencia de una racional correlación entre el daño y el monto de reparación, de forma que el quantum no sea solo simbólico.

Cuando junto con el daño moral se producen lesiones físicas o psíquicas, es necesario tener presente que los jueces, especialmente en la jurisprudencia comparada, han buscado, al igual que en los daños biológicos, como voces del daño a la persona, identificar parámetros y criterios idóneos para evitar disparidades y desigualdades del tratamiento, garantizando uniformidad y certeza en las reparaciones.

5.- **MOBBING Y EL DAÑO AL BIENESTAR O EXISTENCIAL**

El *mobbing*, al constituirse en un daño a la persona, compromete la lesión a la salud, presentándose como daño biológico, pero también al bienestar (interés jurídicamente protegido, de acuerdo con el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política de 1993) o a la salud misma, cuya lesión se conoce, a nivel del derecho comparado, como daño existencial.

El daño al bienestar o existencial, como es conocido también en el derecho italiano (modelo que ha inspirado el código civil peruano vigente) consiste en las consecuencias negativas que compromete las actividades en que el sujeto afectado encuentra su realización y desarrollo, así como en las repercusiones negativas en las actividades que la persona afectada efectuaba en su vida (Lucchini Guastalla, 2016, p. 551).

Esta categoría de perjuicio puede incidir negativamente en diversos sectores de la persona: i) las actividades biológicas-asistenciales, ii) las relaciones afectivo-familiares, c) las relaciones sociales, d) las actividades de carácter cultural y religioso, e) las actividades recreativas (Ziviz, 2000, p. 46). La afectación modifica peyorativamente la esfera personal del sujeto.

Cabe precisar que el advenimiento de esta voz de daño a la persona ha generado posiciones encontradas, respecto a los que la acogen o la critican (AA. VV., 2003, pp. 7 y ss), además de su falta de regulación normativa en diversos ordenamientos jurídicos. No obstante, si la tutela y protección del ser humano constituyen la centralidad en lo jurídico, en países como el nuestro, que protegen los más preciados intereses existenciales como la salud, bienestar y libre desarrollo de la persona, debe ser acogido.

Con respecto al *mobbing*, que genera daño existencial, se evidencia que los sujetos afectados sufren perjuicios negativos que lesionan su integridad psicológica y de salud. También se relaciona con su bienestar personal, el derecho a ser respetado y no humillado, lo que encuentra su basamento también en el artículo 1 de nuestra Constitución Política, que tutela jurídicamente la dignidad humana. Sobre esto, nuestra jurisprudencia, específicamente la Resolución N°11 del 17 de diciembre de 2021 de la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín ha tenido ocasión de

manifestar oportunamente que “el respeto a la dignidad del trabajador en una relación laboral no es más que la proyección en el ámbito laboral del principio de defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado”. Enseguida, añade que:

en el ámbito laboral, debemos entender que el trabajador es ante todo una persona humana y, por tanto, sujeto de trabajo, y como tal, merece respeto y protección en su dignidad en todos los derechos humanos (derechos fundamentales) que le asiste como persona, además de los que le corresponde en su condición de trabajador. Visto así la dignidad del trabajador, en tanto sujeto de trabajo, impide considerarlo como una simple mercancía u objeto de trabajo, o como un elemento impersonal de la organización productiva, reconociendo el ordenamiento jurídico un mínimo inalienable (invulnerable) a favor de la dignidad del trabajador, que bien puede resumirse en la idea del trabajo decente, esto es, que el trabajador ejerza sus labores con pleno respecto de sus derechos fundamentales.

Como se aprecia, el formante jurisprudencial peruano coloca al trabajador, en tanto siempre sujeto de derecho con intereses existenciales dignos de tutela jurídica, al centro de su protección.

A nivel del derecho comparado, se establece que los ordenamientos jurídicos de los jueces están en condición para disponer la reparación plena de la persona afectada por el *mobbing*, previa comprobación que la conducta producida en el ámbito laboral constituye un daño a la persona.

El formante jurisprudencial deberá considerar que, para proceder a la liquidación del daño a la persona por *mobbing*, se debe tener en cuenta todo elemento que sea útil para adecuar el monto de reparación a la circunstancia del caso y del proceso: evaluar los sufrimientos del sujeto afectado, la duración de la conducta ilícita (que en el caso del *mobbing* es generalmente repetitiva), la gravedad de las lesiones, la condición de la persona lesionada, la forma en que la vida del sujeto se ha modificado por el hecho dañoso.

6.- CONCLUSIÓN

En el mundo de la nueva *lex mercatoria* y de expansión de la economía global de mercado, el fenómeno *mobbing* se presenta como una situación perjudicial a la persona del trabajador, que puede afectar gravemente su salud, su bienestar y especialmente su dignidad.

Comprendida como una conducta desplegada por el empleador o superior jerárquico o los compañeros o colegas de trabajo, en forma sistemática y

repetitiva en el tiempo, respecto al trabajador afectado en el ambiente laboral, se evidencia en sistemáticos y reiterados comportamientos y actitudes hostiles, que pueden convertirse en persecución psicológica. Ello origina mortificación en el plano emocional y marginación del trabajador, con un grave efecto lesivo en su equilibrio físico psíquico. En su conjunto, configuran la conducta lesiva del empleador o compañeros de trabajo, cristalizada en comportamientos persecutorios, situaciones dañosas, evento lesivo de la salud y bienestar del sujeto afectado, nexo causal entre la conducta lesionante y la integridad psicofísica del trabajador, el elemento subjetivo y el animus de daño.

Cabe precisar que el *mobbing* no se presenta como un caso aislado, sino como una serie de conductas repetitivas que afectan al trabajador. La relación de causa-efecto entre el comportamiento lesivo y el daño es necesaria. Tampoco puede configurarse el *mobbing* sin la intención persecutoria.

Combatir y prevenir el *mobbing* recuerda un mandato del antiguo Talmud: "Una persona puede ser aniquilada una sola vez, pero cuando se le humilla, se le aniquila repetidamente". Si la función de lo jurídico, en un ordenamiento constitucional y de derechos humanos, es la protección de la persona, evitar el *mobbing* es una obligación del Estado y de la sociedad. Nuestro código civil, que cumple cuarenta años, a través del artículo 1985 recoge la institución del "daño a la persona". Además, brinda los medios para desterrar y evitar toda situación configurativa y lesiva a los sujetos de derecho por *mobbing*.

El *mobbing*, en tanto daño a la persona, puede producir una serie de afectaciones: daño biológico, a la salud, moral y al bienestar, entre otras situaciones, que dañan su dignidad. Por ello, es menester que, a través del Derecho (medio de protección del ser humano por excelente), se puede desterrar los comportamientos que pueden originar situaciones de *mobbing* en las relaciones laborales y en vida de relación social.

REFERENCIAS

- AA.VV. (2003). *Critica del danno esistenziale*. Edición al cuidado de Giulio Ponzanelli. Cedam, Padua.
- Alpa, Guido y Resta, Guido (2019). *Le persone fisiche e i diritto della personalità*, Utet Giuridica. Milán.
- Alpa, Guido (2003). *Il danno biologico. Percorso di un'idea*. Tercera edición. Cedam, Padua.
- Alpa, Guido (2010). *La responsabilità civile. Parte generale*. Utet Giuridica. Turín.
- Alpa, Guido (2014). Nuovi aspetti del diritto privato europeo. En: *Consiglio Nazionale Forense, Il rinnovamento dell'avvocatura (2004-2014). Relazioni e interventi di Guido Alpa. Giurisprudenza e parari del Consiglio*. Edición al cuidado de Francesca Mesiti, Antezza Tipografi, Matera.
- Alpa, Guido; Bessone, Mario y Zeno-Zencovich, Vincenzo (2008). I fatti illeciti. En: *Obbligazioni e contratti*. Tomo sexto. Segunda edición. Trattato di Diritto Privato. Dirigido por Pietro Rescigno, Utet, Turín.
- Busnelli, Francesco Donato y Patti, Salvatore (2013). *Danno e responsabilità civile*, tercera edición, G.Giappichelli editore, Turín.
- Busnelli, Francesco Donato (2001). *Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modelo per l'Europa? En: La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*. Quinta edición completamente renovada. Edición al cuidado de Marino Bargagna y Francesco Donato Busnelli. Cedam. Padua.
- Bussani, Mauro e Infantino, Marta (2022). *La responsabilità civile. Un'introduzione*. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles.
- Cacace, Simona (2003). *Il mobbing e il danno esistenziale: quando il terrorismo è psicologico*. En: Giulio Ponzanelli (al cuidado de). *Critica del danno esistenziale*. Cedam. Padua.

- Castañeda Peralta, Jorge Eugenio (1962). El daño aquiliano en la legislación del Perú. En: *Separata de la Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- Castronovo, Carlo (2018). *Responsabilità civile*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milán.
- Cester, Carlo (2000). Rapporto di lavoro, danno esistenziale e licenziamento. En: Paolo Cendon y Patrizia Ziviz (edición al cuidado de). *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Giuffrè editore. Milán.
- Diez-Picazo y Ponce de León, Luis (1999). *Derecho de daños*. Editorial Civitas. Madrid.
- Galgano, Francesco (2005). *La globalizzazione nello specchio del Diritto*. Il Mulino. Bolonia.
- Galgano, Francesco (2016). *Lex mercatoria*. Il Mulino. Bolonia. 2016.
- Leymann, Heinz (1996). *La persécution au travail*, traducción del alemán por Edmond Jacquemont, Éditions du Seuil, París, 1996, p.27.
- Lucchini Guastalla, Emanuele (2016). *Il contratto e il fatto illecito. Corso di diritto civile*. Segunda edición ampliada y actualizada. Giuffrè editore. Milán.
- Mommsen, Theodor (1960). *Historia de Roma. Nueva edición completa en un volumen*. Joaquín Gil editor. Buenos Aires.
- Monateri, Pier Giuseppe y Bellerio, Augusto (1989). *Il "quantum" nel danno a persona*. Segunda edición. Giuffrè editore. Milán.
- Monateri, Pier Giuseppe (1998). *Le fonti delle obbligazioni*. Volumen III - *La responsabilità civile*. Utet.Turín.
- Monateri, Pier Giuseppe; Bona, Marco y Oliva, Umberto (2000). *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*. Giuffrè editore. Milán.

- Pinto Oliveros, Sheraldine (2009). *La experiencia latinoamericana del daño a la persona*. En: Carlos Calderón Puertas, María Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzáles (directores). *Persona, Derecho y libertad. Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica. Lima.
- Ramírez, Carlos Aníbal (1911). *Las modernas tendencias del Derecho en materia de responsabilidad civil*. Tesis para el doctorado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tipo del Panóptico. Lima.
- Rey de Castro, Alberto (1972). *La responsabilidad civil extracontractual. Estudio teórico y práctico del derecho nacional y comparado*. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 1972.
- Salvi, Cesare (1985). *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*. Jovene editore. Nápoles.
- Salvi, Cesare (2019). *La responsabilità civile*. Tercera edición. Giuffrè Francis Lefebvre. Milán.
- Schipani, Sandro (2009). *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*. G. Giappichelli editore. Turín.
- Scognamiglio, Renato (2010). *Responsabilità civile e danno*. G. Giappichelli editore. Turín.
- Solf García Calderón, Alfredo (1945). *Daño moral*. Tesis para optar el grado de doctor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Editorial Lumen. Lima.
- Trimarchi, Pietro (2021). *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Giuffrè Francis Lefebvre. Milán.
- Valditara, Giuseppe (2020). *Alle radici del danno ingiusto*. En: Valditara, Giuseppe y Mercogliano, Felice, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*. G. Giappichelli editore. Turín.
- Valditara, Giuseppe (2005). *Damnum iniuria datum*. Giappichelli editore. Turín.

Valditara, Giuseppe (1998). *Sulle origini del concetto di damnum*. Segunda edición. G. Giappichelli editore.Turín.

Ziviz, Patrizia (2000). *Verso un altro paradigma risarcitorio*. En AA.VV., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Edición al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz. Giuffrè editore. Milán.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria
(2021, 30 de noviembre). Casación Laboral N°24954-2018-Lima.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria
(2023, 27 de setiembre). Casación Laboral N°3636-2021-Lima.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria
(2020, 16 de septiembre). Casación Laboral N°25294-2018-Lima Norte.

Sala Civil Permanente
(2014, 22 de julio). Casación N°4817-2013.

Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo
(2021, 17 de diciembre). Resolución N°11.

A 20 AÑOS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: AVANCES, RETROCESOS Y ALGUNAS TAREAS PENDIENTES

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.388>

Néstor Daniel Loyola Ríos¹
Universidad Antonio Ruiz de Montoya
<https://orcid.org/0000-0002-8847-1127>
nestorloyola5@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza el proceso de codificación del Derecho Procesal Constitucional en el Perú, desde un punto de vista histórico, político y jurídico, dando cuenta de cómo aparece el primer texto normativo y su posterior modificatoria con el Nuevo Código Procesal Constitucional. Además, describe los principales cambios que se han ido incorporando y los cuestionamientos que surgieron hasta su diseño actual. Finalmente, atendiendo a las deficiencias advertidas en la práctica, se plantean algunas reformas para promover la eficiencia de los procesos constitucionales al servicio de la ciudadanía.

Palabras clave: Código procesal constitucional – reforma – constitución – proceso constitucional.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica relativamente joven a diferencia de otras ramas del Derecho. Aparece en la primera mitad del siglo XX, en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial, con la presencia de los tribunales constitucionales de Austria y Checoslovaquia en 1920 y cuando Hans Kelsen publicó en 1928 su conocido ensayo *La garantía jurisdicción de la Constitución (La justicia constitucional)* para poner de relieve la necesidad de

1 Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor en la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia. Con estudios de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Docente universitario. Autor de diversos artículos en materia constitucional y derechos fundamentales.

contar con un guardián de la Constitución que haga las veces de un legislador negativo.

Sin embargo, su estudio en el Perú no fue impulsado sino hasta mediados del siglo XX y con una casi nula inclusión en las facultades de Derecho². De ahí que, como producto de su paulatina inserción en nuestro ordenamiento, el primer Código Procesal Constitucional recién se aprobará en el año 2004, el cual consideró una *vacatio legis* de 6 meses para permitir su implementación no solo en los órganos encargados de impartir justicia constitucional, sino también en la comunidad jurídica en general.

Por eso, el presente año significa un momento histórico para esta especialidad del Derecho, pues han transcurrido 20 años desde su codificación, lo que nos permite hacer un balance sobre lo que este procedimiento trajo consigo hasta la actualidad. Así, las siguientes líneas presentarán unas notas sobre su nacimiento, los principales cambios que se han presentado durante su vigencia y un análisis del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante NCPConst.), con los aciertos, desaciertos y retos que, a nuestro juicio, se encuentran pendientes.

2. HACIA LA CONSTRUCCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

2.1.- La aprobación del primer Código Procesal Constitucional para el Perú y Latinoamérica

2.1.1.- Antecedentes

El origen del primer Código Procesal Constitucional nace en enero de 1994, cuando se reúnen un grupo de abogados y profesores universitarios, entre los cuales encontramos a Juan Monroy Gálvez, Domingo García Belaúnde, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia, para condensar sus ideas y experiencias en un texto que sea útil para la aplicación de los procesos constitucionales³.

El documento, cuya primera versión estuvo en 1996 y fuera enviado a diversos abogados, jueces y fiscales, así como entidades representativas, para ampliar su discusión, se convirtió en un anteproyecto de ley en el año 2003. Posteriormente, congresistas de diversas bancadas hicieron suyo dicho texto y lo presentaron al Congreso, el cual después de ser aprobado en las comisiones parlamentarias fue aprobado en casi su integridad por el Pleno.

2 García, D. (2003). De la Jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional. Editorial Grijley, pp. 107-114.

3 Abad, S. y otros (2008). Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 15-18.

Así, el 28 de mayo de 2004 se promulgó el primer Código Procesal Constitucional a través de la Ley 28237 y entró en vigor 6 meses después, es decir, el 1 de diciembre de 2004. Se trató del primer texto en el Perú y Latinoamérica⁴, de alcance general⁵, que sustituyó y sistematizó la legislación constitucional que, en aquel entonces, se encontraba sumamente dispersa. Eran más de 11 leyes que albergaban las instituciones jurídico-procesales en materia constitucional y, dentro de estas, la más recurrida fue la Ley de Habeas Corpus y Amparo (Ley 23506)⁶.

2.1.2.- Modificaciones legislativas

Luego de la entrada en vigor del mencionado código, el legislador emitió 4 leyes que trataron de modificar sobre la marcha algunas disposiciones jurídicas para viabilizar su adecuada aplicación. A continuación, se menciona sobre qué trataron:

- La Ley 28642, publicada el 8 de diciembre de 2005, modificó el artículo 5.8 para precisar que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, referéndum u otro tipo de consultas populares. Añadió que las resoluciones en contrario de cualquier autoridad no surten efecto legal alguno. Sin embargo, a la luz de los principios de unidad de la Constitución y eficacia integradora, dicha ley fue declarada inconstitucional⁷, por lesionar los derechos fundamentales en el ámbito electoral y vulnerar el artículo 200.2 de la Constitución.

-
- 4 Es importante mencionar que en 1989 se aprobó en Costa Rica la Ley 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual reguló el funcionamiento de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia e incluía complementariamente al proceso de amparo, la acción de inconstitucionalidad y los conflictos constitucionales. Asimismo, en 1999 la provincia de Tucumán, en Argentina, contaba con un Código Procesal Constitucional. Sin embargo, ambos tenían alcances limitados. El primero no era propiamente un código y el segundo era de aplicación federal; es decir, no era exigible para las demás provincias ni el gobierno federal argentino. Vid. Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2008). Codificación del Derecho Procesal Constitucional: Evolución, Ventajas y algunos necesarios recaudos al respecto. *Derecho & Sociedad* (30), 346-348. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17362>
- 5 Castillo-Córdova, L. (2006). Primer Código Procesal Constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: Comentarios a la Ley 28237. Universidad de Piura, p. 3. Disponible en: <[https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/d3b4dc88-0d3a-46e6-8dfe-fad257d4d624/content#:~:text=Esta%20norma%2C%20cuya%20vigencia%20efectiva,de%20cumplimiento\)%2C%20regula%20las%20seis](https://pirhua.udep.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/d3b4dc88-0d3a-46e6-8dfe-fad257d4d624/content#:~:text=Esta%20norma%2C%20cuya%20vigencia%20efectiva,de%20cumplimiento)%2C%20regula%20las%20seis)>
- 6 Chanamé, R. (2004). El Código Procesal Constitucional. *Docencia et Investigatio*, 6(2), 167-176. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10545>
- 7 Revisar STC 00007-2007-PI/TC, punto resolutivo 1.

- La Ley 28946, publicada el 24 de diciembre de 2006, introdujo en el artículo 3 un complejo procedimiento para aplicar el control difuso de una norma con rango de ley. Es decir, reguló la figura de la consulta cuando el juez constitucional declara la inaplicabilidad de una ley autoaplicativa. Asimismo, se dispuso lo siguiente: i) Derogar el segundo párrafo del artículo 7, que estableció que las instituciones públicas con rango constitucional actúan sin la intervención del procurador público; ii) Modificar el artículo 10 para precisar que las excepciones y defensas previas se resuelven en el auto de saneamiento procesal; iii) Modificar el artículo 15 sobre las medidas cautelares para señalar que, en el marco de un amparo contra norma legal, la apelación de la cautelar es con efecto suspensivo. De igual modo, reordena el procedimiento especial de la medida cautelar para actos administrativos vinculados con la legislación municipal o regional⁸; iv) Modificar el artículo 51 para regular la prohibición de la prórroga de competencia territorial en el amparo, habeas data y cumplimiento; y, v) Modificar el artículo 53 referido al trámite del proceso de amparo.
- La Ley 29364, publicada el 28 de mayo de 2009, derogó los dos últimos párrafos del artículo 51 que habían habilitado la competencia de la sala superior como órgano de primera instancia en el amparo contra resolución judicial, de manera que dicho proceso constitucional podía ser seguido ante un juzgado especializado, independientemente del acto lesivo.
- Finalmente, resulta interesante mencionar dos modificatorias indirectas a las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Constitucional. Se trató de la Ley 29639 y el Decreto Legislativo 1393 que, sin mencionar expresamente al texto procesal, el primero estableció una contracautela en todo proceso (entiéndanse el constitucional) cuando se trate del uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos. En cuanto al segundo, exigió la contracautela para suspender o dejar sin efecto resoluciones de primera o segunda instancia referidas a la imposición de sanciones administrativas, incluso aquellas dictadas dentro del procedimiento de ejecución coactiva o que tengan por objeto limitar cualquiera de las facultades del Ministerio de Producción⁹.

8 Cabe señalar que el referido artículo fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad a través del Expediente 00023-2005-PI/TC, la cual fue declarada infundada mediante sentencia el 27 de octubre de 2006.

9 Abad, S. (2019). Manual de Derecho Procesal Constitucional. Palestra Editores, 399-400.

2.1.3.- Intentos para reformar el Código Procesal Constitucional

Con el paso de sus primeros años, surgió la necesidad de realizar estudios integrales sobre el Código Procesal Constitucional con el objeto de plantear nuevas alternativas. Se convocaron tres comisiones encargadas de proponer reformas para su modificatoria, que detallamos a continuación:

- Gobierno del expresidente Alan García Pérez: Mediante Resolución Ministerial N° 0201-2009-JUS, del 20 de octubre de 2009, se estableció conformar una Comisión de estudio y análisis del Código Procesal Constitucional encargada de proponer iniciativas de reforma legislativa y/o constitucional, con el propósito de optimizar los instrumentos de defensa jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.
- Gobierno del expresidente Ollanta Humala Tasso: Con Resolución Ministerial N° 2012-2013-JUS, del 9 de setiembre de 2013, se creó un Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Constitucional¹⁰.
- Gobierno del expresidente Pedro Pablo Kuczynski Godard: A través de la Resolución Ministerial N° 321-2016-JUS, del 4 de noviembre de 2016, se creó un Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional¹¹.
- Gobierno del expresidente Francisco Sagasti Hochhausler: El Decreto Supremo N° 012-2021-JUS, del 15 de julio de 2021, aprobó la Política Pública de Reforma del Sistema de Justicia 2021-2025, la cual propuso como punto 61.1 del objetivo prioritario 3: "Modernizar los procesos judiciales no penales", modificar el Código Procesal Constitucional para regular la presentación amplia del amicus curiae, sin requerir la solicitud del Tribunal Constitucional¹².

De las reformas antes glosadas es importante resaltar que ninguna fue aprobada.

10 Puede revisarse García, D. y Tupayachi, J. (2011). Propuestas de reforma al Código Procesal Constitucional. Editorial ADRUS, pp. 23-82.

11 ABAD, Samuel (2019). Óp. Cit., p. 400.

12 Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia (2021). Política pública de reforma del sistema de justicia. La reforma del sistema de justicia de cara al bicentenario. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2016540/POLITICA%20PUBLICA%20DE%20REFORMA%20DEL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA.pdf>, p. 230.

2.2.- El surgimiento de un ¿Nuevo? Código Procesal Constitucional:

2.2.1.- Antecedentes

Cuando el expresidente de la República Martín Vizcarra disolvió el Congreso de la República en el año 2019, se convocaron a elecciones congresales extraordinarias para incorporar a los parlamentarios que completaron el periodo legislativo 2020-2021. Fue durante ese periodo en el que se gestó la dación de un nuevo texto procesal constitucional.

La entonces Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso dispuso crear un grupo de trabajo en abril 2020 para proponer un anteproyecto de reforma del Código Procesal Constitucional. Como producto de ese esfuerzo parlamentario, con fecha 4 de marzo de 2021, se presentó el Proyecto de Ley 7271/2020-CR, el cual fue elaborado con la participación de varios especialistas y en seis sesiones realizadas entre los meses de mayo a junio. Además, resaltó que se pidieron opiniones y/o sugerencias adicionales a más especialistas sobre lo trabajado¹³.

A dicha iniciativa se incorporaron los Proyectos de Ley 3478 y 3754/2020-CR, los cuales fueron derivados a la Comisión de Constitución y Reglamento para la emisión del dictamen correspondiente. Así, con opinión favorable de este organismo, se pasó al Pleno del Congreso de la República con 94 votos a favor, 8 en contra y 5 abstenciones. Estos fueron exonerados de una segunda votación, por lo que el texto se convirtió en autógrafa de ley.

Finalmente, a pesar de que el presidente de la República observó la autógrafa, esta no regresó a la Comisión de Constitución y Reglamento. Por el contrario, el Congreso de la República votó por la autógrafa observada y se consiguió 80 votos a favor, 15 en contra y 8 abstenciones, por lo que se convirtió en la Ley 31307, publicada el 23 de julio de 2021 con el nombre de Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPConst.), aun cuando curiosamente quienes iniciaron esta labor estaban convencidos de que se trataba de una reforma (modificaciones) más al código procesal constitucional primigenio.

A diferencia del anterior código, que consideró seis meses para su implementación, la Primera Disposición Complementaria Final del NCPConst. dispuso que su vigencia se produzca al día siguiente de su publicación, lo que implicó un cambio brusco sobre la marcha de procedimientos en trámite y la ausencia de una serie de medidas adecuadas para su debida implementación.

13 Información adicional se puede leer en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 7271/2020-CR. Disponible en: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL07271-20210304.pdf>

2.2.2.- Principales reformas al NCPConst.

Aunque el vigente código no presenta un texto íntegramente nuevo y que lo diferencie con su antecesor, introduce algunos cambios que, a modo de síntesis, conviene mencionar. Entre los principales pueden destacarse:

- El artículo II del Título Preliminar determina que el principio de gratuidad para el demandante no aplica cuando el proceso constitucional lo inicia una persona jurídica contra resoluciones judiciales.
- El artículo V del Título Preliminar regula la figura de los *amicus curiae* en los procesos constitucionales.
- El artículo 4 establece que, quien no cuenta con recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, puede solicitar defensa pública especializada en materia constitucional y procesal constitucional.
- El artículo 5 prevé que, en procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, no se notifica ni emplaza a los jueces o magistrados del Poder Judicial.
- El artículo 6 prohíbe el rechazo liminar en los procesos constitucionales de la libertad.
- El artículo 12 prescribe que, admitida la demanda, se señala fecha y hora para la audiencia única dentro de 30 días hábiles.
- El artículo 21 señala que, con excepción de la queja, los medios impugnatorios no requieren fundamentación, salvo el habeas corpus si el apelante es la demandada.
- El artículo 23 incorpora la figura de la apelación por salto.
- El artículo 29 dispone que la demanda de habeas corpus se interpone ante juez constitucional.
- El artículo 42 precisa que, en el amparo contra resolución judicial, la sala superior es competente para conocer la demanda.
- El artículo 58 delimita las medidas cautelares en el proceso de habeas data.
- El artículo 66 incorpora reglas para resolver la demanda de cumplimiento.
- El artículo 98 indica que el Fiscal de la Nación debe contar con el acuerdo de la Junta de Fiscales Supremos para interponer una demanda.
- El artículo 106 precisa el control constitucional de las normas derogadas.

Finalmente, corresponde mencionar que varias de las disposiciones incorporadas en el actual código constituyen una positivización de la jurisprudencia dictada por el TC, como el recurso de apelación per *saltum*. Esto

abona a la idea de que el NCPConst. no fue una novedad del legislador, pues recogió más bien criterios impartidos en las sentencias del Supremo Intérprete de la Constitución.

2.2.3.- Sentencias de inconstitucionalidad contra el NCPConst.

Tres días después que el NCPConst. entrara en vigencia se interpusieron demandas de inconstitucionalidad. Las dos primeras se ingresaron el 26 de julio de 2021 por parte del Colegio de Abogados de la Libertad y el Poder Ejecutivo, mientras que la tercera se presentó el 17 de setiembre de 2021 a cargo del Poder Judicial.

Las dos primeras demandas se acumularon en el Expediente 00025 y 00028-2021-PI/TC, en donde la anterior conformación del TC declaró infundada la demanda a través de la sentencia, de fecha 23 de noviembre de 2021, por no haberse alcanzado los cinco votos conformes. Las normas que habían sido sometidas a control fueron los artículos III y VI del Título Preliminar del NCPConst., así como los artículos 5, 6, 21, 23.a), 24, 26, 29, 37.8, 64, 102, 103, 107, 110, 111, 112 y la Primera, Cuarta y Quinta Disposición Complementaria Final.

La tercera demanda cuestionó la validez de los artículos 5, 6, 23, 26, 29, 37 y 64 del NCPConst. y se tramitó bajo el Expediente 00030-2021-PI/TC. La sentencia fue emitida por el actual colegiado constitucional con fecha 31 de enero de 2023, declarándola infundada, pero precisando los siguientes sentidos interpretativos:

- Interpretar que el segundo párrafo del artículo 24 es constitucional, siempre que la convocatoria de vista de la causa en audiencia pública y el ejercicio de la defensa pueden hacerse oralmente cuando corresponda un pronunciamiento de fondo y en los casos que determine el Pleno.
- Interpretar que el artículo 5 es constitucional, porque no impide que el Poder Judicial establezca una comunicación interna entre su Procuraduría Pública y los jueces demandados, con el fin de que tomen conocimiento oportuno de dichos procesos.
- Interpretar que el artículo 29 y la Segunda Disposición Complementaria Final son constitucionales, en la medida de que no impiden que el Poder Judicial habilite provisionalmente juzgados ordinarios para conocer procesos constitucionales de tutela.

Es menester anotar que la primera demanda había sido desestimada por razón de los votos, por lo que los magistrados en minoría optaron por no realizar

un análisis de fondo de las disposiciones cuestionadas¹⁴. Por ello, la reciente conformación del TC decidió abordar el análisis constitucional material en la última demanda.

2.2.4.- Modificaciones legales al NCPConst.

A fines del año 2021 y a inicios de 2022 se presentaron 4 iniciativas legislativas orientadas a reformar el NCPConst. Se trató de los siguientes documentos:

- Proyecto de Ley 809/2021-CR, del 19 de noviembre de 2021, que propone modificar el artículo 18.
- Proyecto de Ley 1043/2021-CR, del 20 de diciembre de 2022, que pretende modificar el artículo 7.
- Proyecto de Ley 1414/2021-PE, del 4 de marzo de 2022, que modifica las normas del código para evitar las paralizaciones de obras públicas a través del amparo.
- Proyecto de Ley 1698/2021-CR, del 8 de abril de 2022, que regula la modificación del artículo 24.

Una vez remitido a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, este emitió un dictamen favorable con fecha 14 de noviembre de 2022 para reformar diversos artículos del NCPConst., entre los cuales resaltó el artículo 18, sobre la improcedencia de la medida cautelar cuando pretenda detener el desarrollo de procedimientos parlamentarios, y el artículo 42, que fija la competencia de la sala superior para conocer el amparo contra decisiones de los órganos del congreso, dentro de un proceso parlamentario¹⁵.

No obstante, frente a los cuestionamientos por afectar la autonomía de los jueces constitucionales impidiéndoseles evaluar los procedimientos parlamentarios, la citada comisión del Congreso presentó un texto sustitutorio con fecha 6 de julio de 2022 en el que eliminó la modificatoria del artículo 18, pero mantuvo la del artículo 42¹⁶.

Sometido al Pleno, con fecha 6 de julio de 2022, fue aprobado con en primera votación con 74 votos a favor, 37 en contra y 4 abstenciones. La segunda votación se realizó casi a la semana siguiente, es decir, el 14 de julio de 2022, y se obtuvieron 82 votos a favor, 28 en contra y ninguna abstención, con lo cual se convirtió en una autógrafa de ley que fue derivada al Poder Ejecutivo.

15 Para mayor información puede revisarse el íntegro del dictamen en el siguiente link: <<https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzAxOTY=/pdf>>

16 Para mayor información puede revisarse el íntegro del texto sustitutorio en el siguiente link: <<https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzM5ODk=/pdf>>

El entonces presidente de la República Pedro Castillo y su primer ministro Aníbal Torres observaron la autógrafa mediante Oficio 253-2022-PR, del 15 de agosto de 2022. Principalmente, reiteraron la necesidad de incorporar un artículo 18-A, como había planteado en su proyecto de ley inicial, para sancionar con nulidad la medida cautelar otorgada sin correrle traslado al procurador público de la entidad afectada en el marco de procedimientos de selección o ejecución de obras públicas. También manifestó que la modificatoria del artículo 42 debería identificar al órgano jurisdiccional de la Corte Suprema, que asumiría nueva competencia en el amparo contra un laudo arbitral, el procedimiento de selección o ejecución de obra pública y las decisiones del Congreso. Se suma su observación a la reforma del artículo 45 para que se indique que el plazo para interponer un amparo contra laudo arbitral debería abarcar a toda decisión proveniente del arbitraje. Por último, exhortaron a que se retire la modificación del artículo 60, ya que no corresponde regular el plazo de la prórroga para la atención de las solicitudes de acceso a la información pública, dado que ello sería propio de una reforma a la misma ley de transparencia y no en el código que regula procesos constitucionales¹⁷.

Una vez retornada la autógrafa observada al Congreso, la Comisión de Constitución y Reglamento emitió un nuevo dictamen de insistencia con fecha 15 de setiembre de 2022, en el que decide acoger parcialmente los cuestionamientos del Poder Ejecutivo, es decir, todas menos la prevista en el artículo 45 referida al plazo del amparo contra toda decisión arbitral¹⁸.

Finalmente, sometida nuevamente a votación en el Pleno, fue aprobado con 91 votos favorables, ninguno en contra y 11 abstenciones, y publicado por el presidente del Congreso el 5 de octubre de 2022.

2.3.- Propuestas para reformar el NCPConst.: Un análisis desde la teoría a la práctica

Hasta aquí hemos comentado todo el complejo y accidentado proceso por el que ha transitado la codificación del Derecho Procesal Constitucional hasta nuestros días. Sin embargo, como toda obra humana, se trata de un texto aún perfectible. Por ello, sin ánimo de dar por agotado el debate, en las siguientes líneas se ofrece algunos aportes que contribuirán a una aplicación más efectiva del texto procesal que beneficie a los operadores del Derecho, como abogados, jueces y la comunidad jurídica en su conjunto:

17 Para más información, puede revisarse el íntegro de las observaciones a la autógrafa en el siguiente enlace: <<https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/NDlyMDI=/pdf>>

18 Para más información, puede revisarse el íntegro del dictamen de insistencia en el siguiente enlace: <<https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/NDU2NDI=/pdf>>

- **Modificar el artículo V del Título Preliminar sobre la figura del *amicus curiae***

La participación de los *amicus curiae* en los procesos constitucionales permite que los jueces cuenten con mayores elementos de juicio al momento de deliberar una controversia que tiene un alto impacto en el respeto de los derechos fundamentales o el principio de supremacía constitucional. Por tanto, su inclusión en el proceso promueve el debate público y la legitimidad de la decisión en la sociedad.

En esa línea, como ha precisado el TC, no debe entenderse que estos son únicamente invitados por el juez constitucional, como dispone la vigente disposición del código, sino que también pueden solicitar su participación de *muto proprio*¹⁹. Por ello, con el fin de evitar que se rechacen arbitrariamente a los denominados “amigos de la corte” se propone modificar el artículo para precisar que su admisión se realiza por invitación o a solicitud de parte, sea que se presente de forma oral, escrita o de ambas modalidades.

- **Modificar el artículo 2 para interponer demandas de amparo de forma verbal, por correo u otros medios electrónicos**

En virtud de los principios *proactione* y elasticidad, se han interpuesto demandas de amparo de forma verbal, por correo u otros medios electrónicos. Esto acaeció precisamente durante el estado de emergencia por la crisis sanitaria generada por la pandemia de la Covid-19, con el denominado “amparo virtual”²⁰. En esa línea, consideramos que es una práctica efectiva que debería institucionalizarse.

- **Modificar el artículo 6 para admitir en casos específicos el rechazo liminar en los procesos constitucionales de la libertad**

Las demandas interpuestas en los procesos constitucionales de la libertad deben ser admitidas a trámite, con excepción de aquellas que no contengan

19 RTC 00013-2021-PI/TC, del 10 de agosto de 2021, fundamentos 1-9.

20 Sáenz, L. (2020). Estudio Preliminar. El registro del primer amparo virtual. Cuando la necesidad de tutela efectiva y el razonamiento antiformalista contribuyen a la justicia constitucional (Reflexiones sobre el caso Santos Verónica Vilca Paredes). En El amparo virtual (pp. 13-32). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

argumentos para identificar la lesión de algún derecho fundamental o cuyo petitorio sea manifiestamente inviable.

Sobre el particular, el TC afirmó lo siguiente: *"El juez constitucional peruano tiene capacidad de poder interpretar la norma sin sustraerla de su finalidad, es decir, admite las causas por regla general, pero aquellas que no contienen alguna pretensión real deben rechazarse de plano, por contener un imposible jurídico. En consecuencia, si la demanda contiene una pretensión que carece de virtualidad, no es calificable"*²¹.

- **Modificar el artículo 9 para que el amparo contra resolución judicial proteja todos los derechos fundamentales**

La Constitución como norma jurídica vincula a todos los actos y normas emitidas por los organismos públicos, conforme lo prevé los artículos 51 y 138 de la Constitución. Por ello, resulta restrictivo permitir que el amparo solo pueda verificar si las decisiones judiciales son compatibles con los derechos fundamentales de carácter procesal, sobre todo aquellos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.

En ese sentido, debiera modificarse el código para permitir que el amparo contra una resolución judicial sirva para tutelar todos los derechos fundamentales (sea de carácter procesal y material)²², siempre que se haya vulnerado el contenido protegido de algún derecho fundamental, se inobserve los precedentes vinculantes o la doctrina jurisprudencial vinculante. Es decir, debería ser procedente solo para supuestos excepcionales.

- **Modificar el artículo 10 para establecer la procedencia del habeas corpus contra la declaración de un estado de excepción**

Dado el uso indiscriminado de los estados de excepción por parte del Poder Ejecutivo, es necesario precisar en el artículo 10 del NCPConst. que puede presentarse una demanda de habeas corpus contra el acto que declara un estado de excepción cuando dicho poder del Estado incumpla con los criterios de temporalidad, necesidad y proporcionalidad, fijados por el TC en su jurisprudencia²³.

21 STC 00030-2021-AI/TC, fundamento 81.

22 Esta posición ha sido recogida en el conocido caso Apolonia Ccollcca (STC 3179-2004-AA/TC).

23 STC 00964-2018-PHC/TC, fundamentos 24-34.

- **Modificar el artículo 24 para regular la procedencia del recurso de agravio constitucional contra decisiones estimatorias en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y terrorismo, así como sincerar el plazo para elevar el expediente al TC**

Años atrás, el TC reconoció, como doctrina jurisprudencial vinculante, la procedencia del recurso de agravio constitucional contra decisiones estimatorias de segundo grado, siempre que se trate de delitos sobre tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y terrorismo. Sin embargo, mediante un auto el TC actual ha dejado sin efecto dicha posición²⁴.

Al respecto, consideramos que un auto no tiene la suficiente entidad para anular la doctrina vinculante dictada por este mismo órgano, razón por la cual deviene necesario que se regule en el NCPConst. la figura del recurso de agravio constitucional excepcional o atípico. Ello, además, serviría para que el Estado se proteja frente a aquellas decisiones judiciales que favorezcan a las personas que cometieron delitos pluriofensivos.

Por otro lado, debe precisarse el plazo que tiene la sala superior para elevar los actuados al TC cuando concede el recurso de agravio constitucional, pues el primer párrafo señala tres días hábiles, mientras que el último párrafo refiere diez.

- **Incorporar el artículo 27-A para crear el Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del TC**

Un antecedente de este organismo se produjo a través de la Resolución Administrativa 065-2020-P/TC, del 1 de junio de 2020, cuando la anterior conformación del TC decidió crearla para coadyuvar en la supervisión del cumplimiento de sentencias y demás decisiones definitivas, con especial énfasis en casos donde se haya hecho exhortaciones, declarado estado de cosas inconstitucionales o posea especial relevancia. Sin embargo, fue dejado sin efecto a través de la Resolución Administrativa 179-2022-P/TC, del 14 de noviembre de 2022.

Como quiera que, durante su vigencia, dicho sistema permitió monitorear los casos para asegurar la eficacia de lo resuelto y dada la importancia que cobra en el Estado peruano garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales, resulta conveniente que recobre vigencia el Sistema de Supervisión de Cumplimiento

24 ATC 01945-2021-PHC/TC, fundamentos 8-9.

de Sentencias del TC, a través de una norma con rango de ley, con el fin de evitar que por decisiones administrativas internas sea extinguida nuevamente.

- **Modificar el artículo 32 para que se escuche a la parte demandada en casos excepcionales**

El artículo 32 consagra el principio de unilateralidad en el proceso de habeas corpus, el cual establece que no es necesario escuchar a la contraparte para resolver la situación del agraviado. Sin embargo, para no afectar el derecho de defensa de la parte demandada, podría fijarse que, en casos graves o de vulneración manifiesta a la libertad personal y derechos conexos, cabe escucharla.

- **Modificar el artículo 34 para regular la constitución *in situ* del juez constitucional en casos de detención arbitraria y lesión a la integridad personal**

Si bien el juez tiene la facultad para constituirse en el lugar de los hechos con el fin de verificar si se produjo una detención arbitraria o cometió una violación a la integridad personal del demandante, en la práctica dicha atribución se aplica de manera discrecional por el juez que conoce el habeas corpus²⁵.

Lo anterior representa una actuación lesiva al derecho a la tutela procesal efectiva y sobre todo a la libertad personal y al derecho a la integridad de las personas ante graves y manifiestas violaciones a tales derechos fundamentales. En ese sentido, estimamos que podría precisarse en qué casos corresponde al juez constitucional realizar tal diligencia de verificación, así como brindar las condiciones logísticas necesarias para llevarlas a cabo.

- **Modificar el artículo 35 para regular la constatación *in situ* en casos distintos a la detención arbitraria**

En la misma línea que la anterior modificatoria, resulta necesario que el legislador precise en qué casos corresponde que el juez constitucional se constituya *in loco* donde se produjeron actos diferentes a la detención arbitraria.

²⁵ Se recomienda revisar Informe Defensorial N° 0001-2023-DP/AAC: El proceso constitucional de hábeas corpus en contextos de protestas sociales. Lima: julio 2023.

Ello con la finalidad de no dejar a la absoluta voluntariedad del legislador.

- **Modificar el artículo 42 relativo a la competencia del juez superior y supremo en el proceso de amparo**

El NCPConst., modificado por Ley 31583, establece que la sala superior y la sala suprema actúan en primera y segunda instancia, respectivamente, cuando la demanda de amparo se interpone contra: 1) Resolución judicial; 2) Laudo arbitral; 3) Procedimiento de selección de obra pública o ejecución de esta; y, 4) Una decisión contra de los órganos del Congreso, dentro de un proceso parlamentario.

Sin embargo, esta disposición genera alta carga procesal, especialmente, en la Corte Suprema, en tanto se trata de un órgano constitucional que conoce también aquellos casos provenientes de la jurisdicción ordinaria a nivel nacional. En consecuencia, podría volverse al modelo anterior establecido en el texto procesal, que fijaba al juez especializado en lo constitucional como la primera instancia para conocer de un amparo, al margen de la materia de fondo.

- **Incorporar el artículo 42-A para regular el amparo electoral como un proceso de instancia única**

El amparo electoral es una figura procesal reconocida a partir de la jurisprudencia del TC, pues en el caso Lizana Puelles estableció por primera vez que, si bien de los artículos 142 y 181 de la Constitución podría desprenderse que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones son irrevisables en materia electoral, bajo la aplicación del principio de interpretación de unidad de la Constitución, cabe someterlas a control constitucional vía amparo cuando vulneren los derechos fundamentales de las personas²⁶.

Sin embargo, dado que las normas electorales son de orden público y se rigen por plazos previstos en el cronograma electoral, este tipo de amparo adolece de eficacia restitutoria, pues en ningún caso la demanda de amparo electoral puede suspender el calendario de elecciones²⁷. De ahí que, cuando los jueces constitucionales o, de ser el caso, el TC resuelve en última instancia el acto lesivo, termina siendo irreparable por la preclusión de las etapas que rigen la contienda electoral.

En ese sentido, será necesario impulsar algunas modificatorias al NCPConst. para hacer del amparo electoral un proceso expeditivo, en donde exista la opción

²⁶ STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 20.

²⁷ STC 00970-2011-PA/TC, fundamento 4.

de que pueda ser resuelto en plazos muy breves o teniendo al TC como órgano de única instancia.

- **Modificar el artículo 6o referido a la etapa pre contenciosa del derecho a la autodeterminación informativa**

El inciso b) del artículo 6o del NCPConst. incurre en un error al establecer que el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública constituye la vía previa para tutelar el derecho a la autodeterminación informativa, previsto en el artículo 2.6 de la Constitución.

En efecto, de acuerdo con la Ley 29733, dicha atribución le corresponde a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, con lo cual debería modificarse la disposición jurídica para adecuarlo al marco normativo actual sobre la materia.

- **Modificar el artículo 66 sobre las reglas aplicables para resolver una demanda de cumplimiento**

Los subnumerales 1.1) y 1.2) del numeral 1) del artículo 66 señala que, cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez podrá utilizar los métodos clásicos de interpretación jurídica tratándose de una norma legal y los principios generales del Derecho Administrativo, la jurisprudencia de los órganos administrativos y la del TC cuando se trate de un acto administrativo firme.

No obstante, sea que se trate de una norma legal o acto administrativo firme, el TC debe guiarse por los principios de interpretación constitucional o la jurisprudencia que, en materia de derechos fundamentales, haya podido realizar dicho colegiado o tribunales internacionales donde el Estado sea parte. No cabe, entonces, sujetar al Guardián de la Constitución a interpretarlas empleando técnicas de interpretación distintas a la naturaleza de las normas constitucionales o revisando resoluciones de tribunales administrativos de inferior jerarquía.

Lo mismo sucede con los subnumerales 2.1) y 2.2) del numeral 2), los cual señala que, cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez constitucional deberá aplicar una "mínima" actividad interpretativa o "mínima" actividad probatoria para superar la discusión e identificar al mandato. Esta norma desconoce de criterios que configuren la "mínima" interpretación o actividad probatoria, por lo que dicha exigencia recae en el ámbito subjetivo y discrecional del juzgador.

En ese sentido, con el fin de evitar nulidades y decisiones arbitrarias que limiten el acceso a la justicia mediante demandas de cumplimiento, se propone eliminar tales subnumerales, que invocan reglas imprecisas, abstractas e incompatibles con su objeto.

- **Modificar el artículo 109 para reconocer legitimación procesal activa de un tercero en conflictos negativos**

El proceso competencial procede en caso de conflictos constitucionales negativos, donde alguno de los poderes o entidades estatales rehúye deliberadamente a sus actuaciones, lo que afecta competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas le confieren.

Por ello, cuando exista un conflicto negativo en donde ninguna entidad quiera asumir la titularidad para el inicio de la demanda competencial, se propone precisar que una entidad ajena al conflicto, enunciada en el artículo 108 del NCPConst., cuente con legitimidad procesal activa para iniciar de manera excepcional la contienda competencial, emplazando a las instituciones directamente vinculadas en el conflicto.

3. CONCLUSIÓN

La codificación del Derecho Procesal Constitucional en el Perú es un proceso de reciente data que requiere de un plural y amplio debate en el órgano legislativo, pues se trata del texto que servirá precisamente para garantizar el respeto por los derechos fundamentales de la ciudadanía y el principio de supremacía constitucional.

Por eso, para su aprobación no solo debería convocarse a diversas voces académicas especialistas en la materia, sino también a los principales actores que participan en el de modo directo o indirecto en el trámite de los procesos constitucionales como, por ejemplo, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, los defensores públicos, la Policía Nacional del Perú, el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, entre otros.

Además, una reforma no debe consistir únicamente en un cambio normativo, pues necesita estar acompañada de otras medidas estructurales en las instituciones vinculadas con el sistema de justicia constitucional para asegurar que su implementación y funcionamiento responda a la necesidad de los justiciables y la realidad de los tribunales de justicia.

Así, el NCPConst. debe ser un punto de inicio para acercar el servicio de justicia constitucional a la población y promover su especialización. Por ello, a

casi tres años de su vigencia es una buena oportunidad para hacer un balance sobre qué reformas siguen pendientes y qué tipo de justicia constitucional realmente necesitamos.

REFERENCIAS

- Abad, S. y otros (2008). *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, pp. 15-18.
- Abad, S. (2019). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Ediciones.
- Castillo Córdova, L. (2006). Primer código procesal constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la Ley 28237. *Cuestiones Constitucionales*, 1(14). <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2006.14.5762>
- Chanamé, R. (2004). El Código Procesal Constitucional. *Docencia et Investigatio*, 6(2), 167-176. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10545>
- Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia (2021). *Política pública de reforma del sistema de justicia. La reforma del sistema de justicia de cara al Bicentenario*. Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia.
- Defensoría del Pueblo (2023). Informe Defensorial N° 0001-2023-DP/AAC: El proceso constitucional de hábeas corpus en contextos de protestas sociales. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/07/Informe-defensorial-001-2023-HC-contexto-protestas-sociales.pdf>
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2008). Codificación del Derecho Procesal Constitucional: Evolución, Ventajas y algunos necesarios recaudos al respecto. *Derecho & Sociedad*, (30), 345-350. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17362>
- García, D. (2003). *De la Jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Grijley E.I.R.L. pp. 107 – 114.
- García, D. y Tupayachi, J. (2011). *Propuestas de reforma al Código Procesal Constitucional*. Editorial Adrus.

Sáenz, L. (2020). Estudio Preliminar. El registro del primer amparo virtual. Cuando la necesidad de tutela efectiva y el razonamiento antiformalista contribuyen a la justicia constitucional (Reflexiones sobre el caso Santos Verónica Vilca Paredes). En Tribunal Constitucional, *El amparo virtual* (pp. 13-32). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- ATC 01945-2021-PHC/TC
- RTC 00013-2021-PI/TC
- STC 3179-2004-AA/TC
- STC 5854-2005-PA/TC
- STC 00023-2005-PI/TC
- STC 00007-2007-PI/TC
- STC 00970-2011-PA/TC
- STC 00964-2018-PHC/TC
- STC 00025-2021 y 00028-2021-AI/TC (acumulados)
- STC 00030-2021-AI/TC

LA IMPORTANCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN EL PERÚ

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.391>

José Angel Dávila Córdova¹
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
<https://orcid.org/0009-0008-7647-7127>
Jose.davila@uarm.pe

RESUMEN

Los Tribunales Administrativos en el Perú cuentan con una especial configuración en la legislación vigente. Podemos encontrar tribunales en diferentes ámbitos, por ejemplo, en el campo tributario, contrataciones, previsional, regulatorio, disciplinario y recientemente en el ámbito de la transparencia. Estos órganos, que constituyen la última instancia administrativa, se encuentran especializados en las materias de su competencia. El reto de estos tribunales es actuar con celeridad y máxima rigurosidad técnica. Finalmente, es importante destacar que la controversia y discusión sobre el marco de acción de estos órganos resolutorios se ha centrado en la facultad de ejercer el denominado “control difuso de constitucionalidad”, a propósito del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en la Sentencia N° 03741-2004-PA/TC.

Palabras claves: Tribunal - derecho administrativo – principio – legalidad – constitucional – control - primacía.

1 Secretario Técnico - Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Abogado egresado de la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima) y Máster en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid (Madrid-España), con Diploma de Postítulo de la Universidad de Chile.

Ha sido Comisionado en la Adjuntía en Asuntos Constitucionales y en el Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo, ha brindado servicios profesionales en el Jurado Electoral de Lima, en la Oficina de Participación Vecinal de la Municipalidad de San Isidro, y como consultor para el Programa Educación Básica para todos del Ministerio de Educación, PRODES-USAID y el Proyecto FORGE-Canadá-GRADE. Carrera de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya y ha sido docente de Educación Continua de la Universidad Ricardo Palma, en cursos vinculados a la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas. También ha sido adjunto de docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

1. INTRODUCCIÓN

Es importante señalar que, en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), se establecen las normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y se regulan todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los llamados procedimientos especiales².

En esa línea, el artículo V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado (TUO) de la LPAG, destaca que el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

Asimismo, se advierte que una de las fuentes principales del procedimiento administrativo está constituida por las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, las cuales establecen los criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan un precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede³.

Otro aspecto esencial, signo distintivo de los tribunales administrativos, son los actos administrativos emitidos por estos, los cuales están regidos por leyes especiales que los hace competentes para resolver controversias en última instancia administrativa. Dichos actos solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros o si se demanda su nulidad en la vía del proceso contencioso administrativo, ambos casos dentro de los plazos de ley⁴.

Todo ello revela la importancia de estos órganos, que en mérito a los principios de legalidad y celeridad buscan resolver las controversias de manera especializada y efectiva.

2. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Según García Enterría, el acto administrativo puede ser entendido como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria⁵.

En esa línea, de acuerdo con la LPAG, la autoridad administrativa se configura como el agente de las entidades que, bajo cualquier régimen jurídico y ejerciendo

2 Primer considerando del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

3 Numeral 2 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

4 Artículo 213.5 del TUO de la Ley N° 27444.

5 Citado por DELGADO RATTO, Cecilia. 2018: Recursos administrativos y la función jurisdiccional: aplicación del principio de supremacía de la constitución por los tribunales administrativos. *Advocatus*, (021), 177-192. <https://doi.org/10.26439/advocatus2009.n021.3091>

potestades públicas, conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos⁶.

De ahí que los procedimientos administrativos tienen sus particularidades, por ejemplo, la respuesta negativa de una entidad sobre una solicitud de acceso a la información pública puede ser apelada ante el Tribunal de Transparencia, quien resuelve en última instancia administrativa. No obstante, sus resoluciones pueden ser impugnadas en sede judicial.

En ese orden de ideas, es preciso indicar que los tribunales administrativos actúan bajo el denominado principio de legalidad, que, de acuerdo con García Enterría, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera y habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley, y delimitado y construido por ella. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración, no puede actuar simplemente⁷.

Cabe señalar que, en virtud del principio del ejercicio legítimo del poder, la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades. Esto evita especialmente el abuso del poder bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general⁸.

Es evidente que la administración pública tiene como finalidad primordial la satisfacción del interés general, a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico le facilita. La función administrativa constituye la plasmación de dicha búsqueda de tutela de los intereses de la colectividad, que es como se define al interés general. Su definición no es obvia, sino que requiere de una construcción jurídica. Esta resulta ser la función más amplia que se utiliza en la esfera pública, que además no se restringe al Estado, sino que incluso puede ser ejercida por los particulares⁹.

Los Tribunales Administrativos representan uno de los temas más discutidos en el Derecho administrativo de América Latina. Al ser comparado, es necesario saber si los actos administrativos deben ser juzgados por

6 Artículo 61 del TUO de la LPAG.

7 GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I. Décima Edición. Civitas Ediciones. Madrid 2000. pp. 441.

8 Inciso 1.17 del Artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

9 Guzmán Napurí, Christian (2011). Tratado de la *Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Ediciones Caballero Bustamante S.A.C. Lima pp. 7.

tribunales judiciales y cuáles, en su caso, por tribunales administrativos. El criterio que parece ser aceptado por la mayoría se inclina generalmente por el juzgamiento exclusivo a cargo de tribunales judiciales, sin creación de tribunales administrativos. El debate se ha centrado, en realidad, alrededor de si tales tribunales judiciales deben ser los ordinarios, si deben ser tribunales comunes con competencia contenciosa administrativa, o si deben ser tribunales especiales de naturaleza judicial¹⁰.

Difiero de esta postura, toda vez que, en el Perú, se observa que los Tribunales Administrativos han generado importantes avances de cara al ciudadano, un procedimiento sencillo, con predictibilidad y cumpliendo sobre todo con el principio de celeridad, teniendo en cuenta, por el contrario, que los procesos en vía judicial adolecen de dilación.

2.1. Tribunal Fiscal

El Tribunal Fiscal es un órgano resolutorio del Ministerio de Economía y Finanzas, que depende administrativamente del ministro, cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones específica. Además, constituye la última instancia administrativa a nivel nacional en materia tributaria y aduanera. Es competente para resolver oportunamente las controversias suscitadas entre los contribuyentes y las Administraciones Tributarias¹¹.

En el Perú, el Tribunal Fiscal data de 1964, año en el que fue creado en el contexto de una revisión integral del régimen tributario, mediante la Ley N° 14920. Junto a él se creó el Tribunal de Aduanas, modificándose así la constitución, las atribuciones y el funcionamiento del Consejo Superior de Contribuciones y del Cuerpo Consultivo de Aranceles de Aduanas. De esta manera, se establecieron, por primera vez, dos tribunales administrativos para resolver en última instancia administrativa las reclamaciones respecto de dichas materias. Los vocales eran nombrados por resolución suprema y trabajaban a tiempo completo y a dedicación exclusiva contra las resoluciones emitidas por los tribunales procedía recurrir ante el Poder Judicial¹².

El TUO del Código Tributario establece cuáles son los órganos resolutores en materia tributaria consignando al Tribunal Fiscal, especificando su composición,

10 Gordillo, Agustín (2015). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*. 1ª edición, Buenos Aires, FDA, pp. 123.

11 https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101019&lang=esES&view=article&id=419

12 Indacochea Gonzales, Francisco (1996). La justicia administrativa y el Tribunal Fiscal. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. No.31, diciembre, pp.17.

funcionamiento y atribuciones. Al respecto, Mateo Kaufman¹³ sintetiza la importancia de la función del Tribunal en los siguientes términos:

a) Con su actuación constituye una valiosa labor de interpretación y creación jurisprudencia sobre las materias de su competencia, como imprescindible aporte para el perfeccionamiento de la labor de recaudación, que el poder administrador tiene a su cargo.

b) Con su creación se superó la paradoja de que el fisco controlara la justicia de su propia actuación, paradoja equivalente a que en el proceso penal el órgano que sostuviera la acusación sentenciara también sobre ella.

c) Con su funcionamiento se da a los contribuyentes una tutela eficaz frente al discrecionalismo de la Administración.

2.2. El Tribunal del INDECOPI

El Tribunal es la segunda instancia del INDECOPI, donde se reciben las apelaciones provenientes de todas las Comisiones y Oficinas del Instituto. La regulación de origen se dio mediante el Decreto Ley N° 25868, promulgado el 6 de noviembre de 1992. Dentro de las facultades del Tribunal, una de las más importantes es la de proponer nuevas normas o reglamentos a las autoridades pertinentes con el fin de proteger mejor al mercado, los consumidores, los agentes económicos, la propiedad intelectual y la calidad de los productos¹⁴.

Es en el Tribunal donde se produce la última decisión administrativa. Por ello, dicho órgano colegiado desarrolla una labor de reflexión donde los casos se revisan cuando alguna de las partes no está de acuerdo con el fallo dado en la primera instancia. Además, las resoluciones que emite el Tribunal pueden ser apeladas luego ante el Poder Judicial¹⁵.

2.3. El Tribunal del Servicio Civil (SERVIR)

Es el órgano integrante de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir) que resuelve, en última instancia administrativa, los recursos de apelación derivados de las controversias presentadas al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), entre las entidades públicas y sus servidores¹⁶.

Cuenta con dos (2) salas dedicadas al conocimiento de recursos de apelación contra actos emitidos por entidades del gobierno nacional, de los gobiernos

13 Adrianzén Rodríguez, Luis Carlos (1998). El Tribunal Fiscal y algunos criterios de interpretación que viene utilizando. *IUS ET VERITAS*, pp.240.

14 Caparrós Gamarra, Leonardo (1995). Rol del Tribunal de INDECOPI: críticas y perspectivas: entrevista Fernández-Baca Llamosas. *Derecho & Sociedad*, pp. 125.

15 Ibidem.

16 <https://www.gob.pe/23932-autoridad-nacional-del-servicio-civil-tribunal-del-servicio-civil-tsc>

regionales y de los gobiernos locales en las materias de su competencia¹⁷.

De acuerdo con el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, el Tribunal del Servicio Civil es el órgano integrante de SERVIR, que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos¹⁸.

Es así como el Tribunal del Servicio Civil, en virtud de su atribución de resolución de controversias prevista en el literal e) del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1023, resuelve en última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos por los servidores civiles¹⁹.

De esta forma, cualquier servidor, que se sienta afectado por decisiones institucionales que pudieran versar sobre las materias descritas, puede interponer el respectivo recurso de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil, con sujeción a los requisitos, procedimientos y plazos establecidos en el Título III del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM²⁰.

En ese marco, se advierte que el Tribunal del Servicio Civil resulta competente para intervenir como órgano de segunda instancia en los conflictos relacionados a las materias de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo, de las entidades de los tres niveles de gobierno: nacional, regional y local.

2.4. El Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Con el Decreto Legislativo N° 1353, se crea el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ambos órganos están encargados de garantizar el cumplimiento y el respeto a este derecho.

Con ello se pretende evitar que los ciudadanos opten por la vía más larga a través del habeas data, sino que se pueda realizar la apelación en un plazo corto a través de un colegiado administrativo.

El Tribunal de Transparencia ha resuelto diferentes casos y generado importantes criterios, que están posibilitando a las personas poder acceder a información a través de un procedimiento relativamente rápido y sencillo.

Si bien el procedimiento administrativo constituye una vía más célere, los ciudadanos pueden decidir que camino recorrer. Por ejemplo, en el caso del

17 Ibidem.

18 Informe Técnico 001344-2021-Servir-GPGSC.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

derecho de acceso a la información pública, el recurso de apelación ante el Tribunal de Transparencia se ha configurado como vía alterna.

Es decir, frente a las denegatorias expresas o al silencio negativo, las personas tienen el camino abierto para optar por el proceso de habeas data en vía judicial o el procedimiento administrativo a través del Tribunal de Transparencia.

La principal diferencia entre dichas vías es el tiempo o duración del proceso de habeas data frente al procedimiento administrativo. El trámite del recurso de apelación en sede administrativa siempre será más corto y menos engorroso que el judicial.

En su momento, ello fue advertido en el informe 165²¹ de la Defensoría del Pueblo, en el que se puede observar que de las 841 sentencias de hábeas data revisadas (correspondientes al periodo enero 2007—marzo 2013), se verificó que los procesos podían durar entre 6 y 12 meses a nivel de juzgados, entre 12 y 18 meses, a nivel de salas superiores y, en promedio, 25 meses en el Tribunal Constitucional. Por ello, una alternativa que resulta más asequible para la población es acceder al Tribunal de Transparencia vía recurso de apelación.

3. CONTROL DIFUSO Y CONTROL DE LEGALIDAD

El Tribunal Constitucional, por mayoría, dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo²². Con esta resolución, los tribunales administrativos ya no están facultados a ejercer el denominado “control difuso de constitucionalidad”²³.

Así lo declaró el TC, con motivo de resolver el Expediente N° 4293-2012-PA/TC, en la demanda presentada por Consorcio Requena en contra de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales²⁴.

En atención a ello, los tribunales administrativos tienen un gran reto: resolver los casos que llegan a su conocimiento, basándose en el principio de legalidad. Cabe indicar que el principio de legalidad implica que las normas legales priman sobre las normas de inferior jerarquía²⁵. El máximo intérprete de la Constitución

21 Informe Defensorial 165 “Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013”.

22 <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-b1a772d88ab7a64c6b59eac542661ef3/>

23 Ibidem

24 Ibidem

25 Rubio, Marcial (2020). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Duodécima edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 143.

ha señalado que este principio "(...) es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango"²⁶.

En esa línea, el control de legalidad es una manera de cumplir con el principio de legalidad. Dicho control puede realizarse sobre normas; es decir, se examina la compatibilidad entre una norma infralegal y una norma legal.

Por ello, es preciso analizar si los tribunales administrativos podrían ejercer control de legalidad sobre normas en el marco de su actividad resolutoria. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no ha dado de manera expresa dicha competencia a los tribunales administrativos, el Tribunal Constitucional ha evaluado dicho tema en una sentencia recaída en un proceso de amparo.

Se trata del caso en la que la empresa P.J. Bingos S.A. cuestionó el cobro del impuesto selectivo al consumo, al alegar que el Decreto Supremo N°095-96-EF, Reglamento de Impuesto Selectivo al Consumo, que sustentó dicho cobro, contravenía el Código Tributario y la Constitución. En ese sentido, el demandante requirió la inaplicación del mencionado decreto supremo. Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda, toda vez que el recurrente no agotó la vía administrativa, resaltando que debía acudir a la instancia administrativa superior, la cual podía ejercer control de legalidad:

(...) el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial, según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionalidad de una norma legal —a cuyo amparo se realizó el acto reclamado—, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos²⁷.

26 Sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 3 de octubre de 2003 recaída en el Expediente N°0005-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por congresistas de la República contra artículos y disposiciones de la Ley N°26285.

27 Fundamento Jurídico 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 9 de septiembre de 2002 recaída en el Expediente N°1266-2001-AA/TC sobre recurso de amparo interpuesto por la empresa P.J. Bingos S.A. contra la Intendencia Regional de Administración Tributaria de la Libertad, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales y el Ministerio de Economía y Finanzas.

En atención a ello, es posible concluir que los tribunales administrativos y órganos colegiados podrían ejercer control de legalidad en el marco de un procedimiento administrativo recursivo, a efectos de inaplicar en un caso concreto la norma infralegal correspondiente que contravenga el principio de legalidad.

4. CONCLUSIÓN

Los Tribunales Administrativos en el Perú han alcanzado logros importantes, toda vez que, a través de un procedimiento simple, célere, predecible y eficiente, han conseguido garantizar los derechos de los recurrentes y administrados.

Asimismo, es importante destacar que, si bien dichos órganos resolutivos pueden tener dependencia administrativa, vienen ejerciendo su labor resolutoria con autonomía e imparcialidad gracias al respectivo marco legal que los respalda.

Finalmente, si bien el Tribunal Constitucional ha tenido un papel trascendental para marcar la línea de acción de los tribunales administrativos, es a partir de la jurisprudencia administrativa y de los precedentes vinculantes, que dichos órganos se consolidan y plasman los criterios resolutivos garantes de los derechos de todos los administrados.

REFERENCIAS

- Adrianzén Rodríguez, Luis Carlos (1998). El Tribunal Fiscal y algunos criterios de interpretación que viene utilizando. *Ius Et Veritas*.
- Caparrós Gamarra, Leonardo (1995). Rol del Tribunal de INDECOPI: críticas y perspectivas: entrevista Fernández-Baca Llamosas. *Derecho & Sociedad*.
- Defensoría del Pueblo (2013). Informe Defensorial 165 "Balance a diez años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2013". Lima.
- Delgado Ratto, Cecilia (2018). Recursos administrativos y la función jurisdiccional: aplicación del principio de supremacía de la constitución por los tribunales administrativos. *Advocatus*.
- García Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás (2000). *Curso de Derecho Administrativo I*. Décima Edición. Civitas Ediciones. Madrid.
- Gordillo, Agustín (2015). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 11, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*. 1ª edición, Buenos Aires, FDA.
- Guzmán Napurí, Christian (2011). *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Ediciones Caballero Bustamante S.A.C. Lima.
- Indacochea Gonzales, Francisco (1996). La justicia administrativa y el Tribunal Fiscal. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. No.31, diciembre.
- Rubio, Marcial (2020). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Duodécima edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

EL TRATAMIENTO DEL FRAUDE INFORMÁTICO: UN ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS

DOI: <https://doi.org/10.53870/lvj.390>

Gloria María Armestar Bruno¹
Universidad Antonio Ruiz de Montoya
<https://orcid.org/0000-0003-1285-1657>
gloria.armestar@uarm.pe

Fátima Lucía Toche Vega²
Pontificia Universidad Católica del Perú
<https://orcid.org/0000-0002-1984-4954>
fatimatoche@gmail.com

RESUMEN

El aumento del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en todos los ámbitos de la economía, ha desafiado al Derecho Penal con la aparición de nuevos delitos, modalidades delictivas o medios para la comisión de estos, lo cual conduce a que los gobiernos adopten regulaciones para mitigar riesgos y modernicen su legislación. Actualmente, han aumentado los delitos informáticos en la banca peruana a través de actividades ilegales en línea, de los cuales el más común es el fraude informático en sus modalidades *phishing*, *sim swapping* y ataques cibernéticos.

La creciente digitalización de los servicios financieros debe ofrecer seguridad a los clientes para motivarlos a utilizar los productos bancarios. Por ello, los bancos deben implementar monitoreos constantes de transacciones y preocuparse por

-
- 1 Candidata a doctor en Derecho por la Universidad San Ignacio de Loyola. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Derecho Civil por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Amplia experiencia en el área de Derecho Empresarial, Derecho Civil y Derecho Financiero. Actualmente se desempeña como jefa del Departamento de la Facultad de Ciencias Sociales, Defensora Universitaria y es docente a tiempo completo de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya.
 - 2 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Administración de Empresas por la Universidad de Ciencias Aplicadas, Gerente Legal de Iriarte Abogados, experiencia en el sector público y privado, especialmente en las áreas de Derecho de las Nuevas Tecnologías, Comercio Electrónico, Gobierno Electrónico y Aspectos Legales del Marketing y Publicidad, con énfasis en entornos digitales.

educar a los clientes sobre amenazas cibernéticas. Igualmente, el Estado tiene una tarea pendiente con la implementación de ciudadanía y cultura digital en las personas.

Palabras clave: delitos informáticos - fraude informático - amenazas cibernéticas - cultura digital

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de las tecnologías de la información ha cambiado la vida de las personas, lo que ha facilitado la realización de sus actividades como, por ejemplo, realizar compra de bienes o servicios, pagos en línea, transacciones en general, sin salir de casa utilizando el sistema financiero. A pesar de estas ventajas, también encontramos la aparición de nuevos ilícitos penales como el fraude informático, el cual se ha expresado a través de diversas modalidades, lo que ha generado un efecto negativo entre los usuarios al emplear estas tecnologías, más aún cuando se utilizan canales digitales bancarios. En este sentido, nos enfrentamos a la aparición de comportamientos delictivos que han ingresado a todos los países: uno de ellos es el fraude informático. Al respecto, las legislaciones peruana y norteamericana no son ajenas a este fenómeno, lo cual ha ocasionado una normativa que previene y sanciona este delito.

Por ello, realizaremos una comparación entre ambas legislaciones con respecto al tratamiento del fraude informático analizando oportunidades de mejora en nuestra administración penal positiva. Estos nuevos delitos son complejos, muchas veces transnacionales con estructuras organizadas que evolucionan constantemente al no encontrar freno en la legislación de los países.

Esta investigación tendrá como objetivo identificar una nueva forma de criminalidad, la cual debe ser combatida con una legislación moderna, donde convergen distintos actores sociales como instituciones públicas y privadas orientadas a implementar, y fomentar la ciudadanía y cultura digital de las personas. Asimismo, la legislación en este ámbito no podrá ser rígida ni inmutable, ya que la tecnología avanza vertiginosamente. Por ello, se ha tomado como referencia el sistema legal de Estados Unidos al ser un país con legislación avanzada en fraude informático.

Finalmente, se ofrece algunas conclusiones y recomendaciones a fin de contribuir a mejorar nuestro derecho positivo en el ámbito penal haciendo uso del método de Derecho Comparado.

2. EL DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO EN EL DERECHO PENAL DE ESTADOS UNIDOS

2.1. Características del Sistema Legal de Estados Unidos

El Sistema Legal de los Estados Unidos tiene la legislación más completa en lo que se refiere a los delitos informáticos. Pertenece al Sistema Jurídico del Common Law, distinto al nuestro, que corresponde al Sistema Jurídico Romano Germánico.

Estados Unidos cuenta con una legislación moderna para atacar el delito de fraude informático, que está creciendo a nivel mundial, lo cual permite mejorar nuestra legislación. Asimismo, se debe destacar que cada uno de los estados que integran el país norteamericano genera una legislación sobre el delito de fraude informático y su ámbito procesal.

2.2. Concepto de delito de fraude informático en Estados Unidos

Los delitos informáticos son también conocidos como delitos cibernéticos, por cuanto sanciona comportamientos ilícitos que, a través de operaciones electrónicas, atentan la seguridad de los sistemas informáticos o los datos procesados por ellos. El fraude informático se encuentra dentro de los delitos cibernéticos por estar asociado a transferencias electrónicas de fondo que utilizan las nuevas tecnologías.

Estados Unidos tiene una legislación general y leyes especiales orientadas a luchar contra esta criminalidad como, por ejemplo, la Ley Federal de Fraude y Abuso Informático 18 U.S. Code § 1030 (CFAA) de 1994 (modificó la Ley Federal de Fraude y Abuso Informático de 1986). Dicha norma tipificó conductas delictivas graves vinculadas al acceso ilegal de computadoras conectadas a internet y utilizadas por instituciones financieras, gobiernos federales o entre Estados, con penas de hasta veinte años en casos de reincidencia (Text of the Computer Fraud and Abuse Act Appendix D, 1994).

Así tenemos, que la legislación federal de Estados Unidos tiene tipificadas las siguientes conductas ilegales:

- Acceso sin permiso a un ordenador o sistema informático protegido.
- Acceso ilegal a un ordenador sin autorización para cometer fraude obteniendo información.
- Tráfico (venta, distribución, compartir ilegalmente) de contraseñas informáticas con fines fraudulentos.
- Acceso a una computadora protegida sin autorización y con la intención de defraudar.
- Transmisión de código o programa dañino (virus) para causar daño a la computadora protegida.

- Acceso a un ordenador con la intención de dañar o destruir archivos.
- Infringir las leyes de piratería informática. Por ello, bajo la ley federal, el delito de piratería informática está incluido dentro del delito de fraude informático cuando una persona abusa de ordenadores compartidos o tiene acceso no autorizado a un ordenador protegido o a un sistema informático gubernamental.

En Estados Unidos encontramos otras leyes federales complementarias, que también regulan el Fraude Informático como:

- Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas (1986). Prohíbe el acceso no autorizado a las comunicaciones electrónicas almacenadas en un ordenador o red como el correo electrónico o los mensajes de texto.
- Ley Federal de Protección de Sistemas (1985). Fue el antecedente de la primera Ley de Fraude y Abuso Informático (Computer Fraud y Abuse Act) de 1986 y permitió que Estados como Florida, Michigan, Colorado, Rhode Island y Arizona fueran los primeros con legislación específica en esta materia.

La vigente Ley de Fraude y Abuso Informático de 1994 introdujo novedades como la regulación de virus informáticos, que contaminan programas o base de datos. Asimismo, considera delito cuando alguien modifica, destruye, copia, transmite datos o altera la operación normal de computadoras, sistemas o redes informáticas.

La ley de Fraude y Abuso Informático sigue actualizándose, debido al desarrollo de la tecnología en línea evitando que sea mal interpretada, pues dos casos relevantes permitieron a grandes empresas utilizar esta ley contra individuos que, a su criterio, eran amenaza a sus intereses comerciales. Estos son los ejemplos:

En el año 2005, el fabricante de *routers* de internet Cisco demandó al investigador en ciberseguridad Mike Lynn, quien trabajaba para la empresa Internet Security Systems (ISS) (Europa, 2001) y había encontrado fallas en el sistema operativo de internet de los *routers*, que hacían muy probables ciberataques a los clientes de Cisco. El argumento de defensa Cisco consistió en que la exposición pública de esta debilidad de ciberseguridad provocaría ciberataques incontrolables a la plataforma. Ante esta situación, el Sr. Lynn decidió firmar una orden judicial en la que se comprometía a no revelar los datos de su investigación en la empresa Cisco. Sin embargo, no recibió apoyo de su empleador, quien, por el contrario, tenía la misma posición que Cisco.

En el año 2010, el Sr. Matthew Keys, quien trabajaba en una empresa del grupo empresarial Tribune, fue acusado, luego de ser despedido, de revelar a *hackers* nombres de usuarios y contraseñas de los sitios web de dicha empresa. Se le declaró culpable de violar la Ley Federal de Fraude y Abuso Informático, por lo que fue condenado a 24 meses de prisión y 24 meses de libertad condicional, además de pagar una indemnización de 249.956 dólares.

La Ley Federal de Fraude y Abuso Informático señala tres niveles de sanción para quienes violan la ley:

- Primer nivel: considerado delito menor para personas naturales con pena de prisión no mayor a un año y sanción monetaria no mayor a cien mil dólares. Si son empresas las que han delinquido, la sanción monetaria no excederá los doscientos mil dólares.
- Segundo nivel: para personas naturales la prisión no será mayor a cinco años y las sanciones monetarias que no deben superar los doscientos cincuenta mil dólares. Las empresas pueden ser multadas con hasta quinientos mil dólares.
- Tercer nivel: las personas naturales tendrán prisión no mayor a diez años y sanción monetaria de hasta doscientos cincuenta mil dólares, mientras que para las empresas el monto de la sanción no excederá los quinientos mil dólares.

Como podemos apreciar, esta ley de 1994 hace diferencia entre aquellos que lanzan ataques de virus de aquellos que lo realizan intencionalmente para hacer daño y de allí la variante entre las sanciones. Sin duda resulta trascendental, ya que precisa qué es un acto delictivo no permitiendo que el creador de un virus señale como argumento de defensa desconocer que sus actos iban a causar daño o que sólo pretendía enviar mensaje.

De otra parte, la ley bajo comentario no define qué es un virus informático, sino describe el acto delictivo en sí mismo para dejar abierta la posibilidad que, si a futuro aparezcan nuevos ataques tecnológicos a los sistemas informáticos, estos serán sancionados.

2.3. Delitos Informáticos reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas

El Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal se originó hace 65 años con la participación de Estados, sociedad civil, académicos y especialistas en prevención del delito y justicia penal. La finalidad de este Congreso, que se celebra cada 5 años, es fomentar que los Estados desarrollen

políticas públicas para frenar la delincuencia organizada, la cual se encuentra en crecimiento (NNUU, 2020).

En el 14° Congreso de Naciones Unidas, desarrollado en Kioto (Japón), en abril de 2020, abordó el tema *Promoción de la prevención del delito, la justicia penal y el estado de derecho: hacia el cumplimiento de la agenda 2030*. Un tema central fue la utilización de las nuevas tecnologías como medio e instrumento contra el delito.

Naciones Unidas considera delitos informáticos a los siguientes:

- Fraude Informático: cometido a través de la manipulación de computadoras para sustraer datos reservados.
- Manipulación de programas: modificación de programas existentes en computadoras o insertando nuevos programas especializados en programación informática.
- Manipulación de datos de salida: efectuado a través del envío de instrucciones falsas al sistema informático.
- Fraude efectuado por manipulación informática de los procesos de cómputo.
- Falsificaciones informáticas: alteración de datos de documentos almacenados en computadora.
- Sabotaje Informático: borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de la computadora para obstaculizar el funcionamiento normal del sistema.
- Virus: son claves programáticas que se adhieren a los sistemas para propagarse en serie por cuanto se regeneran.
- Gusanos: penetran en programas de procesamiento de datos para modificar o destruir datos, sin posibilidad de regenerarse.
- Bomba lógica o cronológica: destruye o modifica datos a futuro.
- Acceso no autorizado a servicios o sistemas informáticos: incluye piratas informáticos (hackers) hasta sabotaje o espionaje informático.
- Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal: perjudica económicamente a los propietarios legítimos.

De todo lo expuesto, podemos colegir que el delito de fraude informático supera la legislación nacional y se convierte en delito transnacional, lo cual genera temor en las personas que realizan transacciones a través de medios informáticos. Este problema ha sido abordado de manera amplia por la legislación norteamericana, no solo federal sino estatal, para frenar el crecimiento de este delito con una normativa amplia que puede ser aplicada

a cualquier otra modalidad de fraude informático y pueda aparecer a futuro por el avance de la tecnología. Esta visión ha sido recogida en la legislación peruana, ya que ha incorporado variantes que serán expuestas a continuación.

3.- REGULACIÓN DEL FRAUDE INFORMÁTICO EN LA LEY PERUANA

La Ley de Delitos Informáticos (Ley 30096), modificada por la Ley 30171, prevé en su artículo 8 el delito de fraude informático. El tipo penal supone que, mediante una acción deliberada e ilegítimamente, se procure para el perpetrador o un tercero algún provecho ilícito en perjuicio de un tercero. Los verbos rectores o acciones que se deben llevar a cabo para conseguir el provecho ilícito son el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático. El artículo señala finalmente que la pena por este delito será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Asimismo, se establece como agravante las situaciones en las que se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En este caso la pena pasará a ser no menor de cinco ni mayor de diez años.³

Como se puede apreciar, un requisito indispensable para que se configure el delito es que la acción sea deliberada e ilegítima. Si bien nuestra ley no establece un apartado de definiciones, podemos recurrir para la interpretación de estos términos al Convenio de Budapest y su informe explicativo, tratado internacional referente en el mundo en materia de cibercriminalidad y el cual el Perú ha ratificado. El citado informe explicativo señala que la intención deliberada se refiere a que el delito requiere también la existencia de una intención deliberada específica de índole fraudulenta o dolosa para obtener un beneficio económico o de otro tipo para sí o para otra persona. Con respecto a la acción ilegítima, menciona que puede referirse a una conducta realizada sin facultades para hacerlo (ya sean de orden legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, contractual o consensual) o a una conducta que no está de otro modo comprendida dentro de las justificaciones, excusas y defensas legales establecidas o los principios pertinentes con arreglo a las leyes nacionales.

3 "El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y de ochenta a ciento cuarenta días-multa cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

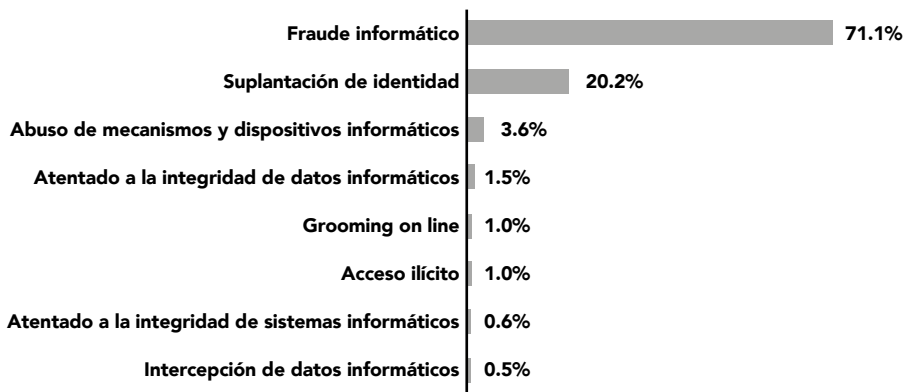
Para Villavicencio Terreros (2014), se clasifica como un delito de resultado, porque no basta cumplir con el tipo penal para que se consuma el delito de fraude informático. Además, es necesario que esa acción vaya seguida de un resultado que va por cuerdas separadas de las acciones informáticas, el causar un perjuicio a tercero; de otro modo, el delito quedaría en tentativa.

El fraude informático presenta ciertos retos para su persecución penal, entre los cuales se encuentran:

- El anonimato
- Su carácter transnacional
- Falta de capacitación de jueces en materia informática
- Demora en el levantamiento del secreto bancario
- Falta de peritos informáticos forenses
- Poca cooperación de las operadoras de telecomunicaciones.

A pesar de ello, el fraude informático es el más denunciado, como lo muestra la estadística del Registro de Denuncias de Investigación Criminal de la PNP.

**Tipos de ciberdelitos denunciados ante la PNP
(Perú, 2021)**



Fuente: Sistema de Registro de Denuncias de Investigación Criminal PNP
Elaboración: Defensoría del Pueblo

3.1.- Modalidades más comunes de fraude informático

3.1.1.- Phishing

El *phishing* es una técnica consistente en el envío de un correo electrónico en el que los ciberdelincuentes suplantan la identidad de entidades públicas o empresas privadas, como un banco o una empresa reconocida o un servicio que utilizamos. Su objetivo es obtener toda la información personal y bancaria como usuarios y contraseñas, direcciones, datos de tarjetas de crédito, etc., realizar un cargo económico o infectar el dispositivo. Para ello, adjuntan archivos infectados o enlaces a páginas fraudulentas.

3.1.2.- Vishing

Este término deriva de la unión de dos palabras: 'voice' y 'phishing' y, por tanto, se refiere a una modalidad que combina una llamada telefónica fraudulenta con información previamente obtenida, ya sea por internet o fuentes ilícitas como compras de bases de datos personales en el mercado negro.

La modalidad se despliega en dos pasos. Primero, el ciberdelincuente debe contar con información personal conseguida a través de internet, el mercado negro o alguna acción previa. Sin embargo, necesita la clave SMS o *token* digital para realizar y validar operaciones bancarias o compras por internet. El segundo paso consiste en que el ciberdelincuente llama por teléfono al cliente haciéndose pasar por personal de la entidad bancaria, con mensajes particularmente alarmistas e intenta que el cliente revele el número de su clave SMS o *token* digital, que son necesarios para autorizar transacciones.

3.1.3.- Smishing

Este término deriva de la unión de dos palabras: 'sms' y 'phishing', dado que esta modalidad se realiza a través de mensajes de texto o mensajes por WhatsApp. La víctima recibe un mensaje, donde el ciberdelincuente se hace pasar por el banco y alerta sobre una supuesta compra sospechosa con su tarjeta de crédito. Luego, le alienta a cancelar dicha compra llamando a un número de banca telefónica falso, en el cual le pedirán sus datos confidenciales. El cliente devuelve la llamada y es ahí cuando el ciberdelincuente, haciéndose pasar por el banco, solicita información confidencial para supuestamente cancelar la compra. En una variante de esta modalidad, el mensaje también podría incluir un enlace a una web fraudulenta para solicitar información sensible.

3.1.4.- Sim swapping

El *SIM swapping* es una técnica fraudulenta donde se clona de manera ilícita la tarjeta SIM del móvil de un individuo. En este proceso, el atacante se hace pasar por el dueño legítimo para lograr esta duplicación. Una vez que logra interrumpir el servicio del propietario real, se apodera de sus datos y asume el control de sus

servicios financieros digitales, aprovechando los mensajes de verificación que se envían al número de teléfono comprometido.

Los delincuentes, para lograr su cometido, suelen comunicarse con los proveedores de servicios telefónicos, ya sea vía telefónica o en persona. Para ello, suministran datos privados y personales de la víctima, tales como su número de identificación. Esta información puede haber sido recolectada por medio de técnicas de ingeniería social, donde se hacen pasar por entidades legítimas mediante mensajes de texto, correos electrónicos o llamadas, o bien investigando en sus perfiles de redes sociales.

La mayor amenaza del SIM *swapping* es que, al hacerse por teléfono, no hay una comprobación directa de la identidad del solicitante. Si el operador solo pide ciertos datos y el delincuente ya dispone de ellos, debido a los métodos de infiltración antes descritos, puede conseguir el duplicado sin mayores obstáculos.

3.1.5. Clonación de tarjetas de crédito

Esta modalidad se materializa cuando se duplica una tarjeta mediante la falsificación de la banda magnética. Los estafadores copian la banda magnética de la tarjeta pasándola por un *skimmer* (dispositivo que almacena los datos de la banda magnética). Además, se encargan de conocer tu clave secreta (de diferentes maneras) y utilizan estos datos para generar una nueva tarjeta idéntica a la tuya, con la que podrán realizar diversos fraudes.

3.2. Rol del Estado peruano frente al delito de fraude informático y la comparación con el Sistema Jurídico de Estados Unidos

A nivel global todos los países están preocupados en evaluar las circunstancias que conducen a la realización del delito de fraude informático. El Estado peruano no es ajeno a ello, desempeña un rol fundamental en la prevención, persecución y sanción del fraude informático. Con la Ley N° 30096 y su modificatoria Ley N° 30171 se han establecido conductas delictivas y sanciones muy similares a las establecidas en la legislación de Estados Unidos. En este sentido, no solo regula la conducta sino el resultado. Además, en ambas legislaciones el delito de fraude informático no se encuentra en el Código Penal sino regulado en ley específica.

Si bien la División de Investigación de Alta Tecnología de la Policía Nacional de Perú se creó en el 2005, sin fiscales especializados, las investigaciones tenían muy poca probabilidad de éxito. Por ello, entre 2014 y 2018, la American Bar Association – Rule of Law Initiative desarrolló diversos cursos especializados en cibercrimen y prueba digital. Además, publicó el Manual de Evidencia Digital (2017), aprobado por el Ministerio Público y la Policía Nacional del

Perú. El objetivo de dichas acciones fue sensibilizar a los operadores jurídicos, capacitarlos en la Ley de Delitos Informáticos (2013) y explicar cómo se desarrolla un plan de investigación.

Adicionalmente, como un compromiso asumido en el marco del Convenio de Budapest, mediante las Resoluciones de Fiscalía de la Nación N°1025-2020-MP-FN, de fecha 18 de setiembre de 2020 y N°1194-2020-MP-FN, de fecha 30 de octubre de 2020, la Fiscalía de la Nación conformó una comisión encargada de evaluar técnicamente la creación de un piloto de fiscalía especializada o Unidad Especializada en Ciberdelincuencia. Esta comisión recibió apoyo técnico del Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado (PACCTO) y la Embajada de los Estados Unidos.

Posteriormente, mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1503-2020- MP-FN, de fecha 30 de diciembre de 2020, se creó la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público con competencia a nivel nacional. El Perú mantiene una relación de coordinación con la Policía Nacional y la Fiscalía Especializada en Delitos de Alta Tecnología, las cuales tienen la función de investigar y perseguir delitos informáticos, muy similar a la colaboración que ofrece la Agencia Federal de Investigación e Inteligencia (FBI) en Estados Unidos. En el año 2022 han sido reportados 800.944 denuncias por delitos informáticos. En los últimos cinco años el delito de *phishing* es el más común (FBI, 2023, Federal Bureau, 2022).

Esta información coincide con lo que ocurre en el Perú, ya que la modalidad más frecuente del delito de fraude informático es el *phishing* (El Peruano, 2023).

El Estado peruano, en aras de fomentar la cultura digital en la población, realiza campañas de educación y concientización sobre seguridad cibernética en colaboración con entidades financieras llegando a sensibilizar a través de programas de formación. En ellas participan entidades del Estado unidas en la Política Nacional de Inclusión Financiera, a efectos de dar cumplimiento al objetivo de desarrollar plataformas digitales, que favorezcan la seguridad digital y el uso óptimo de tecnologías digitales (SBS, 2019).

De otra parte, el Estado peruano promueve un entorno seguro en línea, identificando y persiguiendo a quienes cometen delitos de fraude informático en labor conjunta con entidades privadas y la sociedad civil. Cabe destacar la labor que realiza el Ministerio Público, a través de la Fiscalía Especializada en Ciberdelincuencia de Lima Centro, colaborando con el Poder Judicial a efectos de lograr entre el mes de enero a setiembre 2023 treinta y cinco sentencias por delitos de fraude informático y abuso de mecanismos y dispositivos informáticos.

La legislación norteamericana sanciona a aquellas personas que intencionalmente causan daños transmitiendo virus, así como a aquellas que

de manera temeraria e imprudente lanzan ataques de virus, es decir, diferencia niveles de delitos. De esta manera, prohíbe la transmisión de programas, información, códigos o comandos que dañen las computadoras, sistemas informáticos, redes, información, datos o programas.

Nuestra legislación peruana no contempla definiciones como la legislación norteamericana, por lo que deben recurrir al Convenio de Budapest para interpretar la norma. Sin embargo, es útil acudir a la legislación de Estados Unidos, porque ambos tienen en común la vulneración de derechos a través del uso de *hardware* o *software*.

Asimismo, ambas legislaciones enfrentan el reto de adecuar su legislación para responder a las nuevas modalidades de fraude informático que se sirven de la inteligencia artificial, especialmente la tecnología del *deepfake*, para engañar a sus víctimas. Ninguno de los dos países ha expedido aún normativa que permita prevenir este tipo de situaciones.

Los *deepfakes* se definen como medios audiovisuales manipulados o sintéticos que parecen auténticos, y que presentan a personas que aparentan decir o hacer algo que nunca han dicho o hecho, producidos utilizando técnicas de inteligencia artificial, incluyendo aprendizaje automático y aprendizaje profundo.

Los *deepfakes* se pueden entender mejor como un subconjunto de una categoría más amplia de “medios sintéticos” generados por IA, que no solo incluye video y audio, sino también fotos y texto. Este informe se centra en un número limitado de medios sintéticos impulsados por IA: videos *deepfake*, clonación de voz y síntesis de texto. (EPRS | European Parliamentary Research Service, 2021)

Ya se vienen registrando casos de fraude utilizando *deepfake* como, por ejemplo, el de una pareja en Houston, la cual fue engañada por estafadores que clonaron la voz de su hijo. Mediante el uso de inteligencia artificial, los convencieron de que necesitaban cinco mil dólares para ayudar a su hijo tras un supuesto accidente y arresto por conducir ebrio. Los padres entregaron el dinero en efectivo, pero se percataron después de la estafa luego de que su propio hijo les asegurara de que se encontraba laborando (McCord, 2023).

Otro caso se produjo en Emiratos Árabes Unidos, en donde se usó inteligencia artificial, *deepfake* de voz, para clonar la voz de un director de empresa. Los delincuentes llamaron al gerente de un banco imitando la voz del director, y le solicitaron autorizar transferencias de dinero para una supuesta adquisición empresarial. Creyendo que era una petición legítima, el gerente transfirió 35 millones de dólares (Hernández, 2021).

Finalmente, en cuanto a la modalidad de *phishing*, se ha evaluado el uso de inteligencia artificial Devising and Detecting Phishing: large language models vs. Smaller Human Models (Fredrik Heiding, 2023), que explora el uso de grandes

modelos de lenguaje (LLM) para crear y detectar correos electrónicos de *phishing*. Los autores compararon la efectividad de estos *emails* creados usando el marco V-Triad, contra los creados por el LLM GPT-4. También evaluaron la habilidad de varios LLM (incluyendo GPT, Claude, PaLM y LLaMA) para detectar la intención detrás de los *emails de phishing*.

Los resultados mostraron que los *emails* creados manualmente tuvieron más éxito engañando a los participantes que los *emails* generados por GPT-4. Sin embargo, cuando se combinó GPT-4 con las mejores prácticas del marco V-Triad, la tasa de éxito fue similar o mejor que usando solo humanos. Esto sugiere que la automatización parcial puede ser útil para crear *emails de phishing* efectivos. En cuanto a la detección, los LLM demostraron buenas habilidades, a veces superando la detección humana de *emails de phishing* no obvios. El modelo Claude tuvo el mejor desempeño, correctamente detectando la intención maliciosa del 75% de los *emails* de control y del 100% de los de *phishing* generados cuando se le preguntó explícitamente si un email era sospechoso.

Como se aprecia, las amenazas cibernéticas están en apogeo vulnerando la seguridad informática que compromete la integridad, confidencialidad y disponibilidad de datos de personas naturales y jurídicas. Es decir, son riesgos que se cometen a través de plataformas empresariales (Apps) burlando la tecnología del sistema financiero. Por ello, resulta necesario tomar medidas de seguridad, porque la tecnología se encuentra al servicio de las personas. En este sentido, recomendamos lo siguiente:

- Actualizar periódicamente los sistemas operativos para corregir posibles vulnerabilidades.
- Instalar antivirus para detectar y eliminar amenazas de virus.
- Cambiar periódicamente contraseñas utilizando dos factores de autenticación.
- No abrir correos electrónicos, enlaces o mensajes sospechosos.
- Utilizar Firewalls para proteger la red de intrusos.
- Actualizar los dispositivos conectados a internet.
- Realizar periódicamente copias de seguridad de información relevante.
- Recibir educación en materia de amenazas cibernéticas.
- Monitorear constantemente las cuentas bancarias en línea para detectar cualquier movimiento sospechoso.
- Reportar incidentes sospechosos.

Estas son medidas adoptadas a nivel global; sin embargo, los ciberdelincuentes encuentran alguna manera de burlar la ley. De allí la importancia de crear cultura digital, es decir, familiarizar a las personas para que interactúen con la tecnología,

realicen operaciones en línea utilizando todas las herramientas digitales que hoy existen para facilitar sus actividades diarias. Asimismo, conduce a promover el uso responsable y ético de la tecnología, tarea que requiere trabajo conjunto del Estado, actividad privada y la sociedad civil.

Todo lo expuesto genera una ciudadanía digital donde el uso de la tecnología y la interacción con otros a quienes no vemos implica el respeto de los derechos de las personas con un comportamiento positivo en línea en el mundo digital, donde todos debemos sentirnos seguros de participar sin el temor a ser víctimas de fraudes informáticos en todas las modalidades que hemos descrito.

4.- CONCLUSIONES

- Se ha incrementado el delito de fraude informático en los últimos años bajo la modalidad de phishing tanto en Perú como en Estados Unidos.
- Es necesaria una colaboración articulada con la policía especializada en delitos informáticos en ambos países en la búsqueda de frenar el delito de fraude informático que llega a tener características de delito transnacional.
- Estados Unidos propone una legislación abierta, flexible ante la velocidad de cambios tecnológicos para detectar el delito de fraude informático en sus versiones más sofisticadas.
- El Perú adopta una legislación flexible ante la velocidad del avance de la tecnología, lo cual permite estar alerta ante la aparición de nuevas modalidades de fraude informático.
- Ninguno de los países materia de análisis ha adoptado aún medidas para la prevención de modalidades de fraude informático que utilicen inteligencia artificial.

5.- RECOMENDACIONES

- Evitar revelar datos personales respecto a situación económica o movimientos financieros a través de redes sociales.
- No compartir contraseñas con ninguna persona ni revelarlas como medida de precaución ante fraudes informáticos.
- Brindar capacitación constante en temas de amenazas cibernéticas a fin de frenar el avance de la ciberdelincuencia. Estos temas deben ser difundidos a través de todos los medios de comunicación para generar ciudadanía digital.
- Difundir el trabajo que realizan la Policía Nacional del Perú y la Fiscalía Especializada en ciberdelincuencia a fin de que la población conozca

los delitos cibernéticos y sus modalidades y qué acciones tomar cuando ocurre un hecho de esta naturaleza.

- Establecer mayores estándares de seguridad informática a bases de datos personales administradas por la administración pública y empresas privadas.

REFERENCIAS

- Castillo, C. (s.f.). *BBVA*. Obtenido de <https://www.bbva.com/es>: <https://www.bbva.com/es/innovacion/phishing-vishing-smishing-que-son-y-como-protegerse-de-estas-amenazas/>
- Congreso. (21 de octubre de 2013). *Ley de Delitos Informáticos Ley N° 30096*. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C5F98BB564E5CCCF05258316006064AB/\\$FILE/6_Ley_30096.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C5F98BB564E5CCCF05258316006064AB/$FILE/6_Ley_30096.pdf)
- Defensoría del Pueblo (2023). *La Ciberdelincuencia en el Perú: Estrategias y Retos del Estado*. Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-DEF-001-2023-DP-ADHPD-Ciberdelincuencia.pdf>
- EPRS | European Parliamentary Research Service. (2021). *Tackling deepfakes in European policy*. Bruselas: Parlamento Europeo.
- Europa, C. d. (2001). *Informe Explicativo Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. Consejo de Europa.
- Europe, C. o. (2001). Convenio sobre la ciberdelincuencia. *Serie de Tratados Europeos N°185* (pp. 1-26). Budapest: Organization of American States.
- FBI. (2023). *FBI en Español*. Obtenido de <https://www.fbi.gov/news/espanol>
- Federal Bureau, I. (2022). *Internet Crime Report*. USA: Internet Crime Complaint Center. Fredrik Heiding, B. S. (2023). Devising and Detecting Phishing: large language models vs. Smaller Human Models. arXiv:2308.12287, 20.
- Hernández, G. (15 de octubre de 2021). Obtenido de <https://www.xataka.com.mx/robotica-e-ia/alguien-clono-voz-director-empresa-ia-para-llamar-a-sus-empleados-hacer-estafa-400-000-dolares>
- Mayer Lux, L., & Oliver Calderón, G. (2020). El delito de fraude informático: concepto y delimitación. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), 151–184. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.57149>

- McCord, C. (21 de Marzo de 2023). *KHOU**11. Obtenido de <https://www.khou.com/article/news/local/phone-voice-clone-scam-houston-area-crime/285-999031eb-d3c8-41db-8doa-occf05273194>
- Morán Espinoza, A. (2021). Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?. *Revista IUS*, 15(48), 289-323. <https://doi.org/10.35487/rius.v15i48.2021.706>
- NN.UU. (2020). *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal*.
- OSI, O. d. (11 de noviembre de 2021). INCIBE. Obtenido de Instituto de Ciberseguridad de España: <https://www.incibe.es/ciudadania/blog/que-es-el-phishing>
- Peruano, D. E. (22 de junio de 2023). *El Peruano*. Obtenido de <https://www.elperuano.pe/noticia/216043-cuidado-con-los-fraudes-informaticos-estas-son-las-modalidades-mas-denunciadas-en-peru#:~:text=El%20phishing%20es%20el%20m%C3%A9todo,de%20la%20mitad%20del%20total>.
- Prado, O. Z. (30 de abril de 2021). *IUS360*. Obtenido de <https://ius360.com/delitos-informaticos-breves-alcances-de-la-nueva-unidad-fiscal-especializada-en-la-ciberdelincuencia-del-ministerio-publico-oscar-zevallos/>
- Ramirez-Asis, E. H., Norabuena-Figueroa, R. P. ., Toledo-Quiñones, R. E. & Henostroza Márquez Mázmela, P. R. (2022). Validación de una escala de conciencia sobre ciberdelito en estudiantes universitarios de Perú. *Revista Científica General José María Córdova*, 20(37), 209–224. <https://doi.org/10.21830/19006586.791>
- SBS (5 de agosto de 2019). *Política Nacional de Inclusión Financiera*. Obtenido de Decreto Supremo Nº 255-2019-EF: <https://www.sbs.gob.pe/Portals/4/jer/EST-MONITOREO- ENIF/2023/PNIF.pdf>
- Scotiabanck. (s.f.). *Scotiabank.com.pe*. Obtenido de <https://www.scotiabank.com.pe/Acerca-de/seguridad/tipos-de-fraude/clonacion>

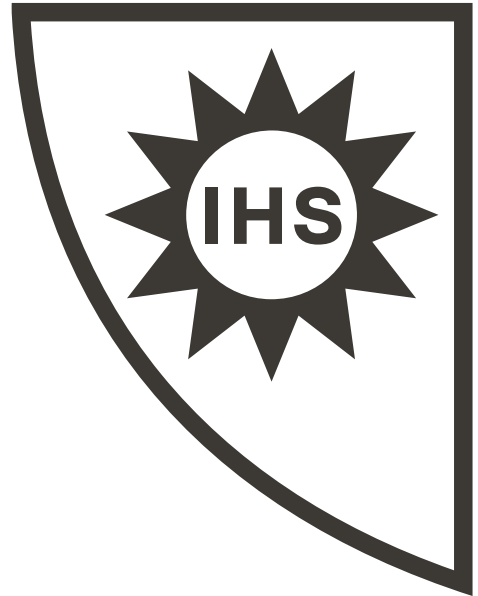
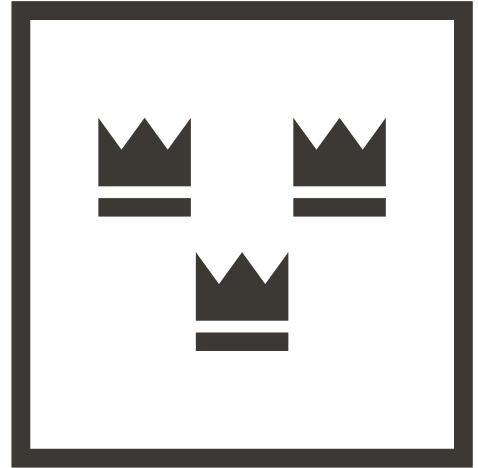
Text of the Computer Fraud and Abuse Act Appendix D. (1994). USA: Willey online library.

Villavicencio Terreros, F. (2014). Delitos Informáticos. *Ius et Veritas*, 24(49), 284-304. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13630>

Vinelli Vereau, R. (2021). Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica. *Ius et Praxis*, 53(53), 95-110. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4995>

Zapata, J. A. (2023). *La eficacia de la persecución penal del delito de fraude informático en el Perú*. UTP.

**LA VOZ
JURÍDICA**
REVISTA DE DERECHO
DE LA UARM
2024



Universidad Antonio Ruiz de Montoya
Carrera Profesional de Derecho
Av. Paso de los Andes 970, Pueblo Libre, Lima 21
Email: carreradederecho@uarm.pe
Telf.: [511] 719-5990
www.uarm.edu.pe



**CARRERA PROFESIONAL
DE DERECHO**

Universidad Antonio
Ruiz de Montoya